



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij
kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders**
Sombroek-van Doorm, M.P.

Citation

Sombroek-van Doorm, M. P. (2019, February 19). *Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders. Meijers-reeks*. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/68879>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/68879>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/68879> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Doorm M.P. van

Title: Medisch beroepgeheim en de zorgplicht van de arts bij kindermishandeling in de rechtsverhouding tussen arts, kind en ouders

Issue Date: 2019-02-19

5 | Uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim

5.1 INLEIDING

Het medisch beroepsgeheim is niet absoluut. Het is geen ‘secret quand-même et toujours’, zoals Brouardel bepleitte.¹ Zwaarwegende individuele of maatschappelijke belangen kunnen prevaleren boven geheimhouding.

Uit de wetgeving en jurisprudentie over het medisch beroepsgeheim zijn vijf uitzonderingen af te leiden op het medisch beroepsgeheim. Deze komen in dit hoofdstuk achtereenvolgens aan de orde: (i) toestemming van de patiënt (par. 5.2), (ii) wettelijke meldplicht (par. 5.3), (iii) conflict van plichten (par. 5.4), (iv) zwaarwegend belang (par. 5.5) en (v) zeer uitzonderlijke omstandigheden (par. 5.6).

Bij de bespreking van deze uitzonderingen zal aandacht zijn voor de vraag hoe die uitzonderingen zich tot de zorgplicht van de arts verhouden. Het gaat hier om een plicht tot het verlenen van goede zorg. Goede zorg is ingevolge art. 2 Wkkgz zorg die veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is. De behandelend arts neemt bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard (vgl. art. 7:453 BW). Maatstaf voor het handelen van de arts is dat hij de zorg moet betrachten die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.²

Reden om de verhouding tussen de zorgplicht en de bestaande uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim te onderzoeken is dat de zorgplicht in dit onderzoek eveneens een juridische basis is gebleken om de zwijgplicht zoals deze voortvloeit uit de behandelingsovereenkomst niet na te komen (art. 7:465 lid 4 BW). Buiten de arts-patiëntrelatie kan er eveneens sprake zijn van een meer algemene zorgplicht, zoals deze besloten ligt in de medische ethiek. Beginselen zoals autonomie, weldoen en niet schaden, maar ook rechtvaardigheid, kleuren de zorgplicht in en strijden in specifieke situaties soms om voorrang. Moet de arts bijvoorbeeld gegevens altijd verstrekken als de patiënt daarvoor zijn toestemming heeft gegeven? En als dat niet zo zou zijn, moet

1 Brouardel 1893, p. 42-63 zoals aangehaald in Hazewinkel-Suringa 1959, p. 3.

2 Zie bijv. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26; HR 12 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4876, r.o. 2.3.9.

toestemming dan niet anders worden geconcipieerd dan als een zelfstandige uitzonderingsgrond voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim?

Het onderzoek naar de verhouding tussen bestaande uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim en de zorgplicht is mede relevant met het oog op deel II. Daarin komt de situatie aan de orde waarin wetgever en regering maatregelen hebben getroffen die blijk geven van een eerder doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Het accent ligt op spreken, maar sluit dit ook aan op de bestaande uitzonderingen?

5.2 TOESTEMMING

Het toestemmingsvereiste voor gegevensverstrekking is wettelijk verankerd in art. 7:457 lid 1 BW. Daarin is het volgende bepaald:

‘Onverminderd het in artikel 448 lid 3, tweede volzin, bepaalde draagt de hulpverlener zorg, dat aan anderen dan de patiënt geen inlichtingen over de patiënt dan wel inzage in of afschrift van de bescheiden, bedoeld in artikel 454, worden verstrekt dan met toestemming van de patiënt. (...)’³

Het beginsel van autonomie klinkt in deze bepaling door en hiermee is art. 7:457 lid 1 geheel in lijn met de jurisprudentie.⁴ De patiënt beschikt immers over zijn gegevens door middel van het al dan niet geven van toestemming voor gegevensverstrekking aan een ander.⁵ De patiënt houdt regie over wat er met zijn gegevens gebeurt en in par. 3.2.4 is gebleken dat deze regie ten gevolge van de verdergaande digitalisering in de zorg meer toeneemt. Zo is in de Wet cliëntenrechten bij elektronische gegevensverwerking bepaald dat de patiënt ‘gespecificeerde toestemming’ dient te geven voor de uitwisseling van diens gegevens tussen zorgaanbieders onderling. Dit houdt in dat de patiënt specifiek moet aangeven welke gegevens wel of niet door welke (categorieën van) zorgverleners mogen worden ingezien (art. 15a lid 2 Wet cliënten-

3 *Stb.* 1994, 838. Het is de bedoeling om in de Wgbo in te voegen dat na overlijden van de patiënt gegevens aan nabestaanden kunnen worden verstrekt, indien de arts hiervoor schriftelijk of elektronisch vastgelegde toestemming van de patiënt bij leven heeft verkregen. Het vereiste van schriftelijk of elektronisch vastgelegde toestemming verzet zich er overigens niet tegen dat in een uitzonderlijke situatie waarin de patiënt fysiek niet in staat is schriftelijk of elektronisch toestemming te geven, hij aan de arts kan aangeven aan wie welke gegevens uit zijn medisch dossier na zijn overlijden verstrekt mogen worden. Zie: Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17, art. 7:457 lid 1 BW en par. 5.5. *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 26 (MvT).

4 Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 27 december 1945, *NJ* 1946/429; CMT 19 april 1956, *NJ* 1957/24; Rb. Assen 12 oktober 1954, *NJ* 1955/207; Hof Amsterdam 21 december 1989, *ECLI:NL:GHAMS:1989:AD0986*, *NJ* 1990/805; HR 2 oktober 1990, *ECLI:NL:HR:1990:AB8107*, *NJ* 1991/124.

5 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 14; *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 52.

rechten bij elektronische gegevensverwerking).⁶ Uiteraard gaat het hierbij om tot de patiënt herleidbare gegevens. De patiënt geeft immers toestemming tot verstrekking van gegevens die tot zijn persoonlijke levenssfeer behoren en het geven van toestemming legitimeert een inbreuk daarop. Van gegevensverstrekking in de zin van art. 7:457 lid 1 BW – en dus van een doorbreking van de zwijgplicht – is dus geen sprake indien het niet tot de patiënt herleidbare gegevens of geanonimiseerde gegevens betreft.⁷

Toestemming van de patiënt in de zin van art. 7:457 lid 1 BW is een grondslag voor het *doorbreken* van de zwijgplicht van de arts jegens een ander. Van een doorbreking van de zwijgplicht jegens een ander is geen sprake in geval van art. 7:457 lid 2 en lid 3.⁸ Rechtstreeks bij de behandeling betrokkenen met inbegrip van de vervanger van de arts (lid 2) en wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt (lid 3) gelden immers niet als ‘anderen’, zoals bedoeld in lid 1.⁹ Het medisch beroepsgeheim strekt zich niet uit tot deze situaties en van een *doorbreking* van de zwijgplicht kan dus niet worden gesproken; hooguit van een relativering ervan.

Wat betreft het doorbreken van het *verschoningsrecht* is toestemming van de patiënt evenwel geen zelfstandige grondslag, zoals bleek in par. 4.2. Het verschoningsrecht is immers gebaseerd op het algemeen rechtsbeginsel dat meebrengt dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden. Het individuele recht van de patiënt op zelfbeschikking ziet niet in de eerste plaats op dat maatschappelijk belang dat het verschoningsrecht dient en speelt daarom een andere, minder doorslaggevende rol dan in geval van doorbreking van de zwijgplicht van de arts.¹⁰ Deze is immers in de context van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt gepositioneerd (art. 7:457 lid 1 BW).¹¹

Engberts benadrukt dat aan ‘toestemming’ als uitzondering op de zwijgplicht twee aspecten kleven.¹² Het eerste aspect ziet op het soort toestemming. Deze kan immers al dan niet expliciet worden gegeven. Naar de verschillende soorten toestemming gaat mijn aandacht uit in par. 5.2.3. Het tweede aspect betreft de professionele standaard waaraan de arts gebonden is (art. 7:453 BW).

6 Stb. 2016, 373; *Kamerstukken II* 2012/13, 33509, nr. 3, p. 20; Zie ook art. 7 Verordening (EU) 2016/679; par. 5.2.

7 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, p. 28.

8 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 39.

9 Over de vraag of iemand rechtstreeks betrokkene is bij de uitvoering van de behandeling bestaat regelmatig verschil van mening; zie bijv. RTG Zwolle 17 juli 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:131, r.o. 5.4. Zie par. 3.5.1.

10 Wel is in het licht van doorbreking van het verschoningsrecht gegeven toestemming van de patiënt voor gegevensverstrekking aan OM een factor in de beoordeling in rechte: zie hierna par. 5.6.

11 Zie par. 4.1 en 5.6.

12 Engberts 1997, p. 3.

Hiermee wordt bedoeld, aldus Engberts, dat de arts te allen tijde verplicht is te beoordelen of gegevensverstrekking aan een ander in de rede ligt.¹³ Dit aspect ziet dus op de wijze waarop de arts omgaat met de toestemming van de patiënt in het licht van zijn zwijgplicht. Op dit aspect kom ik terug in par. 5.2.4.

Tussen het recht op zelfbeschikking van de patiënt en de zwijgplicht van de arts kan spanning ontstaan, bijvoorbeeld als de arts ondanks toestemming van de patiënt besluit gegevens niet te verstrekken of omdat hij weet dat de patiënt onder druk toestemming heeft gegeven. Hier is de professionele standaard van belang, zoals zal blijken in par. 5.2.4. In de praktijk komt het voor dat de patiënt dossiergegevens zelf aan een ander wenst te verstrekken – bijvoorbeeld aan een instantie bij wie de patiënt een aanvraag voor een voorziening heeft ingediend – en daarvoor een afschrift van het medisch dossier vraagt aan de arts. De vraag rijst of de arts het verstrekken van gegevens door de patiënt kan/mag/moet beletten op grond van zijn zwijgplicht. In par. 5.2.4 wordt hierop een antwoord gegeven.

Hieronder komt eerst de vraag aan de orde wie er precies toestemming voor gegevensverstrekking kunnen geven.

5.2.1 Toestemming van wie?

Art. 7:457 lid 1 BW is op het eerste gezicht helder: de toestemming voor het doorbreken van de zwijgplicht dient uiteraard te worden gegeven door de patiënt. Hierop bestaat een uitzondering, zoals bleek in par. 3.5.3. In geval de patiënt wordt vertegenwoordigd, geldt op grond van art. 7:457 lid 3 BW juncto art. 7:450 lid 2 BW en art. 7:465 lid 1 BW dat toestemming van de wettelijke vertegenwoordigers is vereist voor doorbreking van de zwijgplicht als de patiënt jonger is dan twaalf jaar. In geval de patiënt tussen de twaalf en zestien jaar is, oefent hij zelf zijn patiëntenrechten uit.¹⁴ Dat geldt ook voor het recht op geheimhouding. De arts heeft dus een beroepsgeheim jegens de ouders, echter met uitzondering van de informatieplicht in het kader van de medische beslissing (art. 7:448 BW juncto art. 7:450 BW). Daarvoor geldt immers dat zij ook hun toestemming moeten geven en daarom dienen zij geïnformeerd te worden over de behandeling. Voor zover het gaat om het *doorbreken* van het medisch beroepsgeheim jegens een ander, is op grond van art. 7:457 lid 1 BW de toestemming vereist van de patiënt tussen de twaalf en zestien jaar. Van een doorbreking is geen sprake als het gaat om informatieverstrekking aan de ouders over de medische behandeling. Zij worden immers in die context niet beschouwd als ‘anderen’ (art. 7:457 lid 3 BW).

¹³ Engberts 1997, p. 4.

¹⁴ Zie par. 3.5.3 en 3.2.1.

In geval de patiënt zestien of zeventien jaar is oefent de patiënt alle patiëntenrechten zelf uit. Diens toestemming is vereist voor gegevensverstrekking aan een ander (art. 7:447 BW juncto art. 7:457 lid 1 BW).¹⁵ Hieronder wordt steeds gesproken van toestemming van de patiënt waar ook bedoeld wordt die van wettelijke vertegenwoordigers in geval de patiënt juridisch niet in staat is deze zelf te geven.

5.2.2 Vereisten aan toestemming

Uit de parlementaire geschiedenis terzake van het toestemmingsvereiste voor gegevensverstrekking blijkt dat toestemming voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ondubbelzinnig dient te zijn.¹⁶ Dit betekent dat er geen enkele twijfel mag bestaan over de vraag óf de patiënt zijn toestemming heeft gegeven en waarvoor.¹⁷ Voor de toestemming van de patiënt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim geldt dat deze uit vrije wil moet zijn gegeven en dat de patiënt de draagwijdte ervan moet kunnen overzien.¹⁸ Daartoe is dus ook vereist dat de arts de patiënt goed informeert over reden, gevolgen en inhoud van de te verstrekken informatie. Zo kan de patiënt gericht aangeven welke gegevens wel of niet door welke (categorieën van) zorgverleners mogen worden ingezien en dus al dan niet mogen worden verstrekt. Uit de tuchtrechtspraak volgt dat het de taak is van de arts om zich ervan te vergewissen of zijn patiënt beseft wat aldus ter kennis van een derde zou komen.¹⁹

Deze vereisten worden aan toestemming gesteld vanwege de bescherming van de persoonlijke en lichamelijke integriteit (art. 10 en 11 Gw) van de patiënt en diens privacy. Door het geven van toestemming oefent de patiënt zijn recht op zelfbeschikking uit (vgl. de wilsvertrouwensleer: art. 3:33 BW en art. 3:35 BW).²⁰ Het geven van toestemming voor gegevensverstrekking dient aldus de belangen van de patiënt: zijn gezondheidsbelang en zijn belang zelf te kunnen beschikken over zijn privacy en de inbreuk daarop door eventuele gegevensverstrekking.

15 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 100; KNMG-richtlijn 2018, p. 134-135.

16 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 50.

17 *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 50.

18 Leenen e.a. 2017, p. 158; *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 126; Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12.

19 Zie bijv. CTG 17 september 1992, *TvGR* 1993/8.

20 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, nr. 3, p. 4. Zie voor de verwerking van gegevens ook: *Kamerstukken II* 2009/10, 32402, nr. 3, p. 126.

5.2.3 Soorten toestemming

Toestemming kan op verschillende wijzen worden gegeven. Engberts wijst er reeds op dat toestemming al dan niet expliciet kan worden gegeven voor gegevensverstrekking. Impliciete en expliciete toestemming wegen in beginsel even zwaar. De expliciete toestemming wordt in het civiele recht uitdrukkelijke toestemming genoemd. De impliciete toestemming bestaat uit de (i) stilzwijgende toestemming en (ii) de veronderstelde toestemming.

1. *Uitdrukkelijke toestemming*

Uitdrukkelijke toestemming is een mondelinge, schriftelijke of elektronische expliciete toestemming van de patiënt. Soms is deze nadrukkelijk vereist zoals voor het verwerken van bijzondere persoonsgegevens waaronder medische gegevens (zie art. 9 lid 2 AVG en art. 22 lid 2 onder a UAVG).

‘Uitdrukkelijk’ wil niet zeggen dat er geen onduidelijkheid over gegeven toestemming kan ontstaan. Mondelinge toestemming blijkt bijvoorbeeld in bewijsrechtelijke sfeer tot problemen te leiden. Vandaar ook dat voor inzage in het medisch dossier na overlijden is voorgesteld om de toestemming van de patiënt bij leven te bespreken en schriftelijk of elektronisch te laten geven.²¹

In de praktijk blijkt dat niet altijd duidelijk is voor artsen of uitdrukkelijke toestemming is vereist. Hiervan is bijvoorbeeld sprake bij klachten en juridische procedures. Mag in dergelijke procedures gebruik worden gemaakt van gegevens uit het dossier? Uit de wet wordt dit niet duidelijk. Uit de tuchtrechtelijke jurisprudentie blijkt dat een arts, ook zonder verkregen toestemming van de klagende patiënt, de voor het verweer relevante medische gegevens mag gebruiken. Het CTG bevestigde dit in een zaak waarin een huisarts werd aangeklaagd door een patiënte die de praktijk van de huisarts inmiddels verlaten had. In de voorbereiding op het verweer heeft de huisarts, met toestemming van patiënte, een kopie van het dossier ontvangen van de opvolgend huisarts. De huisarts heeft deze kopie bij het verweerschrift gevoegd. Vervolgens klaagde de patiënt over het doorbreken van het medisch beroepsgeheim door zonder toestemming het patiëntendossier in te brengen in de procedure.²² Uiteraard dient de arts zich te beperken tot het gebruik van gegevens die voor zijn verweer nodig zijn.

De tuchtrechter blijkt hier een genuanceerder standpunt in te nemen dan het geval is in andere juridische procedures. In civiele zaken, klachtzaken waarbij de klacht aan een klachtencommissie is voorgelegd, of in een juridisch geschil tussen artsen onderling waarin de behandelend arts gegevens uit het dossier nodig heeft voor zijn verweer, stipuleert de KNMG dat de arts hiervoor

21 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 26 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12.

22 CTG 12 augustus 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:302.

expliciete toestemming van de patiënt nodig heeft.²³ Indien de patiënt de toestemming voor dat gebruik weigert, kan de arts in bewijsnood geraken (zie art. 6 EVRM). Dit kan leiden tot niet-ontvankelijkheid van de klacht en de patiënt krijgt de gevolgen van het beroep tegengeworpen.²⁴ *De facto* komt het erop neer dat de arts zich moet kunnen verdedigen tegen klachten en de patiënt hieraan moet kunnen meewerken door toestemming te geven.

Andere voorbeelden van situaties waarin expliciete toestemming van de patiënt is vereist, zijn die waarin er filmopnames worden gemaakt waarin patiënten in beeld worden gebracht of een patiënt wordt gebruikt als onderwijscasus of de situatie waarin tot de patiënt herleidbare gegevens worden gebruikt voor kwaliteitsdoeleinden of wetenschappelijke, statische doeleinden. Indien het hierbij gaat om het verstrekken van tot de patiënt herleidbare gegevens, is steeds expliciete toestemming van de patiënt voor die verstrekking vereist.²⁵

Artsen zullen hoe dan ook zich rekenschap moeten geven van de voor hen geldende professionele standaard ten aanzien van toestemming en het soort toestemming dat nodig is voor gegevensverstrekking of gebruik van gegevens in specifieke situaties. Dit impliceert dat 'toestemming' als uitzondering op het medisch beroepsgeheim niet alleszeggend is. De professionele standaard kleurt immers in welke soort toestemming is vereist. Toestemming moet dus worden geconcipieerd in relatie tot die professionele standaard waaraan iedere arts is gebonden, in de zin dat hij daar rekening mee moet houden.

2. *Stilzwijgende toestemming*

Van stilzwijgende toestemming is onder meer sprake indien de arts met de patiënt heeft besproken dat hij voornemens is inlichtingen in het belang van de patiënt aan een ander te verstrekken en hij uit het gedrag van de patiënt kan afleiden dat deze met het verstrekken daarvan instemt.²⁶

Kenmerkend voor stilzwijgende toestemming is dat de patiënt tegen een dergelijke verstrekking geen bezwaar heeft gemaakt, noch daarmee uitdrukkelijk heeft ingestemd.²⁷ Het verschil met de hierna te bespreken veronderstelde toestemming is erin gelegen dat de arts duidelijk kenbaar maakt dat hij voornemens is informatie te verstrekken en de patiënt noch uitdrukkelijk instemt, noch bezwaar maakt tegen gegevensverstrekking aan een ander.²⁸ Zo besprak de arts met de gezagdragende ouders van zijn minderjarige patiënt, dat hij een melding van kindermishandeling aan het toenmalig AMK zou gaan doen.²⁹ De ouders gaven hiervoor geen toestemming, maar maakten ook geen bezwaar.

23 KNMG-richtlijn 2018, p. 53.

24 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, ECLI:NL:RBSGR:1992:AB7705, NJ 1992/253.

25 KNMG-richtlijn 2018, p. 93- 94.

26 Van Veen 2004, p. 43.

27 Zie bijv. CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16; CTG 27 november 2007, *GJ* 2008/5.

28 Kastelein & Meulemans, *TvGR* 2007, p. 442-443.

29 RTG Zwolle 13 oktober 2005, *GJ* 2006/6.

De arts ging over tot het doen van een melding aan het AMK. De ouders dienden vervolgens een klacht in tegen de arts bij de tuchtrechter. De arts werd verweten dat hij het medisch beroepsgeheim had geschonden. Het RTG Zwolle overwoog dat nu de ouders geen bezwaar tegen de melding hadden gemaakt, de toestemming geacht kon worden stilzwijgend te zijn gegeven.³⁰ Kennelijk vond het RTG Zwolle, gegeven het feit dat stilzwijgende toestemming voldoende was voor het doen van een melding aan het AMK, dat deze ook ondubbelzinnig was gegeven.

De vraag rijst of stilzwijgende toestemming nog wel bestaansrecht heeft in een tijd waarin de patiënt meer en meer regie krijgt toebedeeld over de verstrekking van zijn persoonsgegevens. Stilzwijgende toestemming zal in de praktijk zonder meer een werkbaar instrument zijn voor de arts, maar in juridische zin is stilzwijgende toestemming een kwetsbare basis voor de arts om het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Stilzwijgend is hoe dan ook een antoniem van uitdrukkelijk. Achteraf kan er immers altijd discussie ontstaan of toestemming daadwerkelijk is gegeven en de stap naar een klacht over het schenden van het beroepsgeheim is dan rap gezet. Hetzelfde geldt ook voor de hieronder te bespreken veronderstelde toestemming.

3. *Veronderstelde toestemming*

De veronderstelde toestemming houdt in dat de behandelend arts mag aannemen dat de patiënt met het verstrekken van informatie aan een ander instemt of zou hebben ingestemd.³¹ Hiervan kan sprake zijn in geval de patiënt nog in leven is, maar ook als de patiënt inmiddels is overleden.

Indien de patiënt nog in leven is, kan toestemming worden verondersteld als de beoogde gegevensverstrekking in het gezondheidsbelang is van de patiënt. Toestemming kan worden verondersteld, zoals hiervoor besproken, als er sprake is van gegevensuitwisseling in de zin van art. 7:457 lid 2 BW (rechtstreeks betrokkenen met inbegrip van de arts) en art. 7:457 lid 3 BW (wettelijke vertegenwoordigers van de patiënt).

In geval de patiënt naar een collega-arts wordt verwezen en de patiënt hiermee instemt, kan worden verondersteld dat de patiënt meteen ook instemt met de daarvoor noodzakelijke gegevensuitwisseling.³²

Indien de patiënt is overleden en hij dus niet op de hoogte kan zijn van de beoogde gegevensuitwisseling, kan er niettemin aanleiding zijn toestemming van de patiënt te veronderstellen voor gegevensverstrekking.³³

30 Zie ook CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16, r.o. 4.4.

31 Zie bijv. CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16.

32 Zie bijv. RTG Zwolle 17 juli 2017, *ECLI:NL:TGZRZWO:2017:131*, r.o. 5.2.3; RTG Zwolle 21 oktober 2016, *ECLI:NL:TGZRZWO:2016:108*, r.o. 5.2; CTG 11 december 2008, *TvGR* 2009/16; CTG 27 november 2007, *GJ* 2008/5.

33 KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

Over de vraag in hoeverre veronderstelde toestemming een zelfstandige grondslag is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, wordt in de jurisprudentie verschillend gedacht. Uit sommige uitspraken blijkt dat het een zelfstandige grondslag kan zijn in situaties zoals wanneer nabestaanden een rechtmatig belang hebben bij inzage in de gegevens van de overleden patiënt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake als een nabestaande – zoals de echtgenoot – nauw betrokken is geweest bij de medische behandeling van de overleden patiënt.³⁴ Indien nabestaanden bijvoorbeeld van de arts willen weten waaraan hun naaste is gestorven, dan kan de arts de toestemming van de inmiddels overleden patiënt veronderstellen voor zover hij concrete aanwijzingen heeft, waaruit toestemming kan worden afgeleid of op grond van gedragingen van de patiënt uit het verleden. Van een rechtmatig belang van nabestaande is bijvoorbeeld ook sprake als wordt vermoed dat de arts een medische fout heeft gemaakt, waardoor de nabestaande schade leidt door bijvoorbeeld het wegvallen van inkomen.³⁵ Het ligt op de weg van de nabestaande om de veronderstelde toestemming met concrete aanwijzingen aannemelijk te maken.³⁶ Uit andere uitspraken blijkt evenwel dat veronderstelde toestemming geen zelfstandige grondslag is voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim. Daaruit blijkt immers dat de nabestaande een zwaarwegend belang moet hebben bij inzage in het medisch dossier.³⁷ Teneinde aan die onduidelijkheid een einde te maken, is in de wijziging van de Wgbo voorgesteld dat nabestaanden inzage hebben in het medisch dossier als de overleden patiënt bij leven toestemming daarvoor heeft gegeven en deze toestemming schriftelijk of elektronisch is vastgelegd.³⁸ Als die toestemming ontbreekt, geldt dat de nabestaanden een zwaarwegend belang moeten hebben bij inzage. Zij moeten dan ook aannemelijk maken dat dit belang wordt geschaad. Daarnaast moet inzage noodzakelijk zijn voor de behartiging van dit belang. Hieruit maak ik op dat van de veronderstelde toestemming afscheid is genomen en mijns inziens past dat ook beter in een tijd waarin de patiënt meer en meer regie krijgt over zijn gegevens.³⁹

34 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, NJ 2003/379; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBNNE:2016:265, GJ 2016/44; Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239, GJ 2014/146; Rb. Arnhem 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760, Prg. 2005/195; KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

35 Zie bijv. Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, KG 2003/9.

36 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, r.o. 4.7, KG 0000345/Br; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, r.o. 4.4, KG 2003/9.

37 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, NJ 2001/600; zie ook Duijst 2007, p. 49. Zie voorts: *Kamerstukken II 2017/18*, 34994, nr. 3, p. 10 (MvT).

38 Zie par. 5.5. Zie voorts: *Kamerstukken II 2017/18*, 34994, nr. 3, p. 9-15 (MvT).

39 *Kamerstukken II 2017/18*, 34994, nr. 3, p. 10 (MvT) waarin wordt benadrukt dat nabestaanden ook geen inzage krijgen als er sprake is van een melding van een incident of een zwaarwegend belang, als de patiënt bij leven heeft vastgesteld dit niet te willen. Vereist is dat

Indien de patiënt bij leven bezwaar heeft gemaakt tegen gegevensverstrekking aan nabestaanden, kan toestemming vanzelfsprekend niet worden verondersteld.⁴⁰

Ook in de strafrechtelijke jurisprudentie valt op dat veronderstelde toestemming geen zelfstandige uitzondering is op het medisch beroepsgeheim. De veronderstelde toestemming wordt immers gekoppeld aan zeer uitzonderlijke omstandigheden op grond waarvan het medisch beroepsgeheim gerechtvaardigd kon worden doorbroken.⁴¹ Een illustratief voorbeeld is de zaak tegen het Erasmus MC.⁴² Na het plaatsen van een pacemaker overleed de patiënt. Het OM onderzocht of er sprake was van dood door schuld en nam dossiers van het ziekenhuis in beslag. Daartegen verzette het Erasmus MC zich. Het ziekenhuis beriep zich op zijn verschoningsrecht. De Hoge Raad stelde het ziekenhuis in het ongelijk door te oordelen dat medische dossiers van patiënten voor justitieel onderzoek beschikbaar moeten zijn bij ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van een arts. Langs de weg van de ‘veronderstelde toestemming’ gekoppeld aan zeer uitzonderlijke omstandigheden kreeg de echtgenoot inzage in het medisch dossier van zijn overleden vrouw. Het beroep van het ziekenhuis op het verschoningsrecht slaagde dus niet. Op deze zaak en de zeer uitzonderlijke omstandigheden wordt in par. 5.6 teruggekomen.

De Hoge Raad neemt (impliciet) afstand van de veronderstelde toestemming als zelfstandige rechtsgrond voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.⁴³ Onder meer Schalken betreurt dit, omdat volgens hem de andere uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim, zoals conflict van plichten, pas aan de orde zouden moeten komen, nadat is bezien of toestemming van de overleden patiënt al dan niet kan worden verondersteld.⁴⁴ Vaak zal blijken dat toestemming kan worden gereconstrueerd, want, aldus Schalken, wie wil er nu, dood of levend, geen objectief onderzoek als hij als patiënt slachtoffer is geworden van ernstig verwijtbare medische fouten?⁴⁵ Legemaate benadrukt evenwel dat het gevolg van deze benadering is dat in alle toekomstige gevallen waarin de patiënt is overleden ten gevolge van een vermoedelijke medische fout, de toestemming van de patiënt voor inzage in het dossier

de patiënt wilsbekwaam was en de leeftijd van twaalf jaar had bereikt op het moment dat hij toestemming voor gegevensverstrekking onthield.

40 Zie ook Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 11-12.

41 Zie bijv. HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, NJ 2012/537; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, GJ 2009/10, m.nt. T.M. Schalken, onder punt 2.

42 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630.

43 Zie Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 535.

44 T.M. Schalken, annotatie bij Rb. Rotterdam 13 februari 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:AZ8514, GJ 2007/41; zie ook Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625; De Jong 2004, p. 106-107.

45 T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, GJ 2009/10, onder 2.

mag worden verondersteld.⁴⁶ De Hoge Raad lijkt te willen benadrukken dat het schenden van vertrouwen van zowel de individuele patiënt als toekomstige patiënten, ook na overlijden van de patiënt, slechts bij hoge uitzonderingen dient plaats te vinden. Vandaar ook dat de Hoge Raad in de belangenafweging andere wegingsfactoren betreft dan de veronderstelde toestemming alleen, zoals de zwaarwegendheid van een ander belang of de zeer uitzonderlijke omstandigheden van het geval (zie hierna onder 5.5 en 5.6). Het komt mij voor dat terughoudend moet worden omgegaan met het reconstrueren van toestemming van de patiënt. Medische dossiers bevatten hoogst persoonlijke informatie en voor het vrijgeven ervan geldt daarom als uitgangspunt dat uitdrukkelijke toestemming van betrokkene moet zijn gegeven.⁴⁷ Het risico bestaat immers dat anders het vertrouwen in geheimhouding en daarmee in het verlenen van goede zorg wordt ondermijnd.

5.2.4 Gevolgen van toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het geven van toestemming is een uiting van de autonomie van de patiënt en het respecteren ervan wordt uiteraard beschouwd als onderdeel van goede zorgverlening (art. 2 Wkkgz). Echter, hiermee is niet gezegd dat het niet-respecteren van eenmaal gegeven toestemming voor gegevensverstrekking zonder meer in strijd is met goede zorgverlening.⁴⁸ Het kan immers zo zijn dat aan de vereisten die er gelden voor een rechtsgeldige toestemming niet is voldaan. Bijvoorbeeld als de toestemming niet in vrijheid is gegeven, of als de patiënt de gevolgen ervan niet overziet. De arts is als goed hulpverlener verplicht om de gegevens dan niet te verstrekken.⁴⁹ Hij zal opnieuw met de patiënt in gesprek moeten gaan.

Oftewel: autonomie van de patiënt en het geven van toestemming voor gegevensverstrekking vinden hun begrenzing in de professionele standaard. Toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim functioneert niet los van de plicht van de arts tot goede zorgverlening aan de patiënt. Zij zijn in die zin verbonden dat toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim betekenis krijgt in het licht van dat wat als goede zorgverlening

⁴⁶ Legemaate, *NJB* 2009, p. 2625.

⁴⁷ Het belang van uitdrukkelijke toestemming voor verstrekken van medische informatie uit het dossier is nog eens bevestigd in EHRM 23 februari 2016, *LJN* 40378/06 (Y.Y. tegen Rusland), m.nt. A.C. Hendriks.

⁴⁸ Leenen e.a. 2017, p. 105-106; Legemaate, *TvGR* 2016, p. 54-55; Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 18; Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/407; Engberts 2005, p. 7-8; HR 2 maart 2001, *ECLI:NL:HR:2001:AB0377*, *NJ* 2001/649 (Protocollenarrest); hierin overwoog de Hoge Raad dat van de arts in beginsel mag worden verwacht dat hij de op hem van toepassing zijnde protocollen naleeft.

⁴⁹ Engberts 2005, p. 8-9; Engberts 1997, p. 59.

wordt beschouwd en niet andersom. De arts moet de toestemming vanuit de zorgplicht die op hem rust nader toetsen aan bijvoorbeeld de vraag of de toestemming in vrijheid is gegeven en of de patiënt hiervan de gevolgen overziet. Pas dan is er sprake van een rechtsgeldige toestemming voor gegevensverstrekking. Oftewel: de arts kan zelfs als toestemming is gegeven, alsnog in het gezondheidsbelang van de patiënt besluiten gegevens niet te verstrekken. En andersom geldt hetzelfde: als toestemming wordt onthouden door de patiënt of diens gezagdragende ouder(s), dan kan de arts alsnog besluiten deze gegevens wél te verstrekken, mits dit uiteraard in het gezondheidsbelang is van de patiënt. Bij het verlenen van goede zorg is immers het gezondheidsbelang van de patiënt een eerste overweging; het gaat om patiënt-gerichte zorg (cf. art. 2 Wkkgz).

Duijst vraagt zich af waarom een geheim zou moeten worden bewaard als de patiënt het zelf wil prijsgeven?⁵⁰ Waarom stellen dat het geheim van de patiënt is, maar de verantwoordelijkheid voor het prijsgeven ervan bij de arts leggen?, aldus Duijst.

Het komt mij voor dat de professionele verantwoordelijkheid van de arts terzake van gegevensverstrekking niet zozeer bevoogdend of inconsequent is, maar conform datgene wat de patiënt van de zorgverlening van zijn arts mag verwachten. Steun voor deze gedachte is te vinden in de tuchtrechtelijke jurisprudentie. In ingewikkelde situaties waarin bijvoorbeeld door de patiënt een formulier voor de aanvraag van een verzekering is getekend waarop een algemene machtiging tot het verstrekken van inlichtingen door de arts aan de verzekeraar is opgenomen, is de tuchtrechter duidelijk: een dergelijke machtiging verplicht de arts niet tot het doorbreken van het beroepsgeheim.⁵¹ Twijfelt hij of toestemming van de patiënt onder dwang of te lichtzinnig is gegeven, dan blijft zijn zwijgplicht gelden en gaat de arts hierover in gesprek met de patiënt.⁵² De arts is op grond van zijn professionele verantwoordelijkheid er niet toe gehouden de autonomie van de patiënt te respecteren als dat strijdig is met de professionele standaard en daartoe behoort het beschermen van de patiënt tegen gegevensverstrekking ten gevolge van druk die wordt uitgeoefend op de patiënt tot vrijgave ervan of een te algemeen opgesteld toestemmingsformulier of het geven van een afschrift van het (hele) dossier. De zwijgplicht is, zoals in par. 3.6 betoogd, een in die zorgplicht geïntegreerde plicht waardoor uitgangspunten voor gegevensverstrekking doorwerken in de wijze waarop een goed hulpverlener geacht wordt te handelen. De arts beperkt de gegevensverstrekking uiteraard tot datgene wat in het licht van doelbinding noodzakelijk is.⁵³ Voorts is hij verplicht de persoonlijke levenssfeer van een ander niet te schaden door het verstrekken van gegevens (art.

50 Duijst 2007, p. 40-41.

51 Zie bijv. CMT 31 oktober 1940, NJ 1941/855.

52 Leenen e.a. 2017, p. 158.

53 Zie bijv. RTG Eindhoven 17 juni 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:102, r.o. 5.1.

7:457 lid 1 BW).⁵⁴ Dat is logisch want voor het verstrekken van die informatie is immers de toestemming van die ander nodig.⁵⁵

Ten slotte nog een afsluitende opmerking. In de praktijk komt het voor dat patiënten de arts vragen op grond van art. 7:456 BW een afschrift van het medisch dossier te verstrekken die de patiënt vervolgens wil overhandigen aan een instantie waaraan bijvoorbeeld een voorziening is gevraagd. De arts verstrekt die gegevens dus niet rechtstreeks mét toestemming aan een ander dan de patiënt, maar de patiënt fungeert als doorgeefluik van die gegevens aan een ander en van een doorbreking van het medisch beroepsgeheim door de arts is dan ook geen sprake.

De KNMG wijst er terecht op dat het recht van de patiënt op een afschrift van het dossier uiteraard niet bedoeld is voor het overhandigen aan een dergelijke instantie.⁵⁶ Daar komt bij dat de arts ook niet een afschrift van het héle dossier mag verstrekken. Dat zou immers in algemene zin niet aan het proportionaliteitsvereiste voldoen dat geldt voor verstrekking van gegevens. Slechts die gegevens die nodig zijn voor de vragende instantie kunnen verstrekt worden en niet álle.⁵⁷ De arts kan de patiënt na hierover met hem gesproken te hebben, ook weer niet beletten die gegevens te verstrekken aan die instantie. Hier wordt duidelijk dat er grenzen zitten aan de mogelijkheden van de arts terzake van de bescherming van gegevens van zijn patiënt.

5.2.5 Tussenconclusie

Toestemming van de patiënt is het uitgangspunt voor het doorbreken van de zwijgplicht van de arts (art. 7:457 lid 1 BW). Het geven van toestemming is een belangrijk instrument voor de patiënt om zijn zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen. Toch functioneert het toestemmingsvereiste niet los van de zorgplicht die op de arts rust. Sterker nog: het toestemmingsvereiste krijgt betekenis door dit in de context van goede zorgverlening te plaatsen. Het recht laat zich immers niet funderen op één enkel beginsel zoals zelfbeschikking. Andere beginselen die weerspiegelen in de zorgplicht, zoals weldoen of niet schaden, strijden soms om voorrang. De arts hoeft gegevens niet te verstrekken als hij de patiënt hiermee zou schaden, bijvoorbeeld doordat de patiënt onder druk toestemming heeft gegeven. Betoogd is dat het voorbijgaan aan toestemming van de patiënt niet bevoogdend is, maar juist conform hetgeen de patiënt van

54 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1080; Hendriks en overigens ook de KNMG benadrukken dat het niet zonder meer duidelijk is wat met ‘schaden van de persoonlijke levenssfeer van een ander’ wordt bedoeld; zie reactie KNMG op Wetsvoorstel wijziging WGBO, 2016/17, https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018).

55 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/434; Markensteen 2006, p. 51.

56 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

57 KNMG-richtlijn 2018, p. 31.

zijn arts met het oog op goede zorgverlening mag verwachten. Het omgekeerde geldt ook. Het niet verstrekken van gegevens, dus het respecteren van de zwijgplicht getuigt immers voor zover dit in het gezondheidsbelang van de patiënt is, van een patiëntgerichte, adequate zorgverlening. Dat zwijgen maakt in dit licht dus ook deel uit van de zorgplicht.

Artsen dienen ook rekening te houden met algemene belangen zoals in geval van het verschoningsrecht. Het toestemmingsvereiste speelt een bescheiden rol bij het doorbreken van het verschoningsrecht, omdat het verschoningsrecht is gebaseerd op het algemeen belang dat een ieder zich zonder vrees tot de arts moet kunnen wenden. Daarover kan de patiënt niet beschikken. Oftewel: de betekenis van toestemming als uitzondering op het medisch beroepsgeheim hangt samen met datgene waartoe de arts als goed hulpverlener verplicht is. Deze plicht kan dus de arts-patiënt relatie overstijgen omdat de arts rekening heeft te houden met het dienen van een algemeen belang (vrije toegang tot de zorg) van alle patiënten.

5.3 WETTELIJKE MELDPlicht

Op grond van de slotzin in art. 7:457 lid 1 BW moet de arts inlichtingen over de patiënt verstrekken indien het bij of krachtens de wet bepaalde daartoe verplicht. Deze wettelijke voorschriften, die doorgaans worden aangeduid met de term wettelijke 'meldplichten', verplichten de arts dus tot het doorbreken van de zwijgplicht.⁵⁸ Daarmee vormen zij een uitzondering op het bepaalde in art. 7:457 lid 1 BW dat voor het verstrekken van gegevens over de patiënt aan een ander, toestemming van de patiënt is vereist. De wettelijke meldplicht begrenst dus het recht op zelfbeschikking van de patiënt.

De uitzonderingsgrond wettelijke meldplicht richt zich niet op het verschoningsrecht, maar op de zwijgplicht. Het verschoningsrecht is immers reeds een uitzonderingsrecht op de getuigplicht, waardoor het niet voor de hand ligt dat hierop een wettelijke uitzondering zou worden gemaakt. Het doorbreken van het verschoningsrecht zal dus op basis van een van de hierna te bespreken – niet-wettelijke – uitzonderingsgronden dienen te geschieden.

De ratio achter een wettelijke plicht tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim is dat een ander maatschappelijk belang zwaarder weegt dan de zwijgplicht. De wetgever heeft in een dergelijk geval een andere algemeen belang afgewogen tegen het belang van het medisch beroepsgeheim en bepaalt dat het medisch beroepsgeheim moet wijken. Vanzelfsprekend gelden er passende waarborgen voor de verplichte doorbreking van het medisch beroepsgeheim (vgl. art. 8 EVRM). Behalve dat er een noodzaak moet zijn voor de

58 Buijsen c.s. 2012, p. 48-54; *Kamerstukken II 2012/13, 33400-XVI*, nr. 129, p. 2; *Wettelijke doorbrekingsgronden medisch beroepsgeheim*, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13, 33400-XVI*, nr. 129; Bannier e.a. 2008, p. 96.

invoering van zo'n meldplicht, met deze duidelijk en specifiek zijn.⁵⁹ De meldplicht moet bovendien gericht zijn op het beschermen van een zwaarwegend algemeen belang en er moeten in het belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van betrokkene passende waarborgen gelden.⁶⁰ Het medisch beroepsgeheim dient niet meer te worden geschonden dan noodzakelijk en relevant is in het licht van het doel waarvoor de gegevens zijn verstrekt.⁶¹

Het aantal wettelijke meldplichten is in het afgelopen decennium fors toegenomen.⁶² Dit illustreert de toenemende maatschappelijke druk het medisch beroepsgeheim eerder te doorbreken, terwijl er ook nadelen kleven aan zo'n meldplicht. Zo blijkt bijvoorbeeld uit de wetsgeschiedenis van de Wet verplichte meldcode huiselijk geweld en kindermishandeling dat bewust is afgezien van het introduceren van een meldplicht ter bestrijding van kindermishandeling en huiselijk geweld, omdat niet alleen voorbij wordt gegaan aan de zelfbeschikking van de patiënt, maar ook omdat de arts dan zelf niet meer een eigen afweging kan maken of hij al dan niet de zwijgplicht zal doorbreken. De arts kan dan niet zelf zorgvuldig overwegen welke stappen nodig zijn in het belang en ter bescherming van de patiënt.⁶³ Niet voor niets bepleiten Buijsen, Legemaate en Leenen c.s. dan ook voor terughoudendheid van de wetgever bij het in de wet opnemen van uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim.⁶⁴ Het medisch beroepsgeheim dient immers belangrijke waarden die niet zonder meer door meldplichten terzijde moeten kunnen worden geschoven, terwijl dat volgens Legemaate vanuit een politieke of maatschappelijke roep met een kennelijk gemak toch gebeurt.⁶⁵ Een fraai voorbeeld hiervan is de wijziging van het oorspronkelijke recht op informatieverstrekking aan de jeugdbeschermer in een verplichting daar waar de arts in het kader van de uitvoering van een OTS wordt bevraagd. Hierop kom ik terug in par. 7.2.2.

59 Zie bijv. Rb. Rotterdam 29 september 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN9944, *GJ* 2011/27.

60 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 71-72 en p. 245-246 (MvT); *Kamerstukken II*, 1997/98, 25892, nr. 3, p. 22.

61 Zie par. 3.2.4.

62 Zie voor een overzicht van wettelijke meldplichten: Buijsen c.s. 2012, p. 48-54; *Wettelijke doorbrekingsgronden medisch beroepsgeheim*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 33400-XVI, nr. 129.

63 *Kamerstukken II* 2011/12, 33062, nr. 3, p. 7-9.

64 Buijsen c.s. 2012, Legemaate 2011, p. 7-10; Legemaate, *TvGR* 2013, p.101. Leenen e.a. 2017, p. 159.

65 Legemaate, *TvGR* 2013, p.101.

5.3.1 Gevolgen van wettelijke meldplicht als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg van de wettelijke meldplicht is niet alleen dat het recht op informatieve privacy van de patiënt of diens wettelijk vertegenwoordigers wordt begrensd, maar ook dat de arts wordt verplicht de in de wet neergelegde plicht tot informatieverstrekking na te komen, zonder een eigen afweging te maken terzake van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim en van de vraag jegens wie. Dit laatste is in de wettelijke regelingen bepaald. De arts die niet meldt waar dit bij wet wel verplicht is, zwijgt immers onrechtmatig (art. 6:162 BW).⁶⁶

Kenmerkend voor een wettelijke meldplicht is dat die gegevensverstrekking een *algemeen* belang dient. In enkele gevallen valt dit samen met het individuele belang van de patiënt, zoals bijvoorbeeld bij het verstrekken van informatie aan de jeugdbeschermer in het belang van het onder toezicht geplaatste kind (art. 7.3.11 lid 4 Jw). Die informatieverstrekking is in het belang van het kind, omdat daarmee veiligheidsrisico's voor het kind in kaart kunnen worden gebracht en dat valt samen met een meer algemeen belang: het beschermen van kinderen tegen mogelijke kindermishandeling. In andere gevallen, zoals bij het melden van infectieziekten (art. 21 Wpg en art. 22 Wpg), gaat het om de bescherming van anderen dan de patiënt zelf. Zo'n meldplicht is eveneens gericht op het voorkomen van gezondheidsschade.

Wat betreft het bepalen welke gegevens verstrekt dienen te worden, geldt dat in sommige gevallen in de wet reeds is geëxpliciteerd welke gegevens noodzakelijk zijn, zoals in art. 24 Wpg. In andere gevallen geldt een meer open norm, zoals in art. 7.3.11 lid 4 Jw. De arts behoudt dan vanuit zijn plicht tot goede zorgverlening een eigen verantwoordelijkheid over de hoeveelheid te verstrekken informatie. Daaruit spreekt patiëntgerichtheid. Hij verstrekt dus zeker niet alle gegevens van en over de patiënt. Dat is hij als goed hulpverlener verplicht. Vanzelfsprekend geldt hierbij ook als uitgangspunt dat de arts betrokkene(n) over de verstrekking van gegevens informeert.⁶⁷ Ook dat getuigt van goede zorgverlening aan de patiënt.

Het beginsel van autonomie legt het in geval van een meldplicht onvermijdelijk af tegen beginselen als weldoen, niet schaden en rechtvaardigheid. De wetgever heeft die gewichtsverdeling bepaald, zij het dat die inbreuk op het medisch beroepsgeheim doorgaans wordt geconcipieerd vanuit een uitzondering op de zwijgplicht, terwijl het volgens mij gaat om de invloed en prevalentie van bepaalde beginselen vanuit de zorgplicht. Het doorbreken van het zwijgen ten behoeve van een ander algemeen belang dan het medisch beroepsgeheim dient, vloeit immers voort uit een algemene, maatschappelijke zorg-

⁶⁶ Stolker 1994, p. 43.

⁶⁷ KNMG-richtlijn 2018, p. 19. In de richtlijn is aangegeven in welke situatie welke gegevens noodzakelijk zijn te verstrekken.

plicht van de arts. Daar waar het algemeen belang dat met die doorbreking van het zwijgen wordt gediend, samenvalt met het individueel belang van de patiënt bij goede, patiëntgerichte zorgverlening, zoals in geval van de meldplicht richting jeugdbeschermer (art. 7.3.11 lid 4 Jw), is de plicht tot goede zorgverlening uiteraard te baseren op art. 7:453 BW.

5.3.2 Tussenconclusie

De wettelijke plicht tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim ziet op het doorbreken van de zwijgplicht en niet op dat van het verschoningsrecht. Op grond van een in de optiek van de wetgever zwaarder wegend maatschappelijk belang is de arts verplicht informatie te verstrekken. De bepaling op grond waarvan dit geschiedt dient voldoende duidelijk en specifiek te zijn. Dit laat onverlet dat de arts vanuit de zorgplicht die op hem ex art. 7:453 BW rust, een eigen verantwoordelijkheid behoudt ter zake van informatieverstrekking. In deze zorgplicht kan zelfs een argument worden gevonden voor het niet-naleven van de wettelijke verplichting tot het doorbreken van de zwijgplicht als deze onvoldoende duidelijk en specifiek is en niet leidt tot zorgvuldig handelen jegens de patiënt of diens naasten (art. 47 lid 1 Wet Big).

Volgens sommigen ligt de meerwaarde van een wettelijke meldplicht in de duidelijke normstelling: de arts móet gegevens verstrekken.⁶⁸ Maar het wegnemen van het maken van een eigen afweging bij de arts draagt het risico in zich dat de vertrouwensrelatie met de patiënt (of de ouders van de patiënt) dusdanig wordt geschaad dat deze wordt verbroken. Dat komt niet wenselijk voor. De wetgever zou in plaats van het instellen van wettelijke meldplichten meer aandacht kunnen hebben voor de betekenis van de zorgplicht als mogelijke overkoepelende grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Daarbij is het zelfs denkbaar dat accenten waar nodig in die zin anders worden gelegd dat de arts weliswaar in bepaalde situaties moet spreken, maar niet nadat hij een eigen afweging vanuit de zorgplicht heeft gemaakt. Op deze gedachte kom ik terug in par. 8.7 en 10.1.

5.4 CONFLICT VAN PLICHTEN

Indien er geen sprake is van (veronderstelde) toestemming van de patiënt of een wettelijke meldplicht, betekent dit niet dat de arts moet blijven zwijgen. Er kunnen zich immers situaties voordoen waarin door het handhaven van de zwijgplicht de arts in een noodtoestand komt in de zin van conflict van plichten.⁶⁹

⁶⁸ Zie bijv. Bruning 2006, p. 39.

⁶⁹ Leenen e.a. 2017, p. 160.

In beroepscode, handreikingen en richtlijnen wordt op diverse conflict van plichten-situaties gewezen. Zo benadrukt de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoezorg* bijvoorbeeld dat de arts in een conflict van plichten-situatie (hierna: *cvp-situaties*) komt als de patiënt zorg gaat mijden omdat hij meent geen probleem te hebben of als een alleenstaande moeder met een psychische stoornis haar kinderen sterk verwaarloost of op een andere manier een gevaar vormt en elke hulp afwijst of als een psychiatrische patiënt een ernstig gevaar vormt voor zijn omgeving of zichzelf.⁷⁰

Cvp-situaties kenmerken zich door het feit dat de arts twijfelt of hij moet blijven zwijgen en dat hij voor het doorbreken van dat zwijgen geen toestemming van betrokkene(n) heeft. Reden voor die twijfel is de bescherming van een ander concreet belang dat zwaarder weegt, omdat daarmee een ernstig nadeel voor de patiënt of een andere persoon kan worden voorkomen.⁷¹

Artsen zien zich regelmatig geplaagd voor het dilemma al dan niet het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Ofschoon conflict van plichten doorgaans wordt beschouwd als een (derde) grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, plaatst een enkeling hierbij een nuancerende kanttekening. Zo is De Jong van mening dat het beschouwen van conflict van plichten als een (derde) grondslag voor doorbreking van het geheim een te eenvoudige voorstelling van zaken is, omdat ook bij een conflict van plichten het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in beginsel níet is toegestaan.⁷² In lijn hiermee stellen Bol en Dute dat het conflict van plichten-toetsingskader (hierna: *cvp-toetsingskader*) bestaat uit criteria die geformuleerd zijn vanuit het uitgangspunt: zwijgen-tenzij.⁷³ Uit de rechtspraak blijkt ook dat een cvp-situatie als zodanig geenszins impliceert dat het medisch beroepsgeheim moet worden doorbroken.⁷⁴ Vanzelfsprekend betekent het enkele feit dat de arts zich in een cvp-situatie bevindt nog niet dat het medisch beroepsgeheim moet wijken. Daartoe moet de arts immers sowieso een afweging maken (zie hierna onder 5.4.1). In lijn met De Jong, Bol en Dute kan weliswaar worden gesteld dat een cvp-situatie als zodanig niet een grondslag vormt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim maar het komt mij voor dat *de resultante van de afweging in het kader van het cvp* dit wel kan zijn. Om te voorkomen dat de arts die afweging onzorgvuldig maakt, is in literatuur en rechtspraak een cvp-toetsingskader ontwikkeld.

70 Zie bijv. *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoezorg* 2014, p. 2. Zie in de rechtspraak: CTG 20 december 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:37; RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52.

71 KNMG-richtlijn 2018, p. 130. In lijn met: RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.3; RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.2.

72 De Jong 2004, p. 125.

73 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 13.

74 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.

5.4.1 Cvp-toetsingskader

Het cvp-toetsingskader bestaat volgens het handboek van Leenen uit de volgende criteria:⁷⁵

1. alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen;
2. het niet-doorbreken van het geheim levert voor een ander ernstige schade op;⁷⁶
3. de zwijgplichtige verkeert in gewetensnood door het handhaven van de zwijgplicht;
4. er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen;
5. het moet vrijwel zeker zijn dat door doorbreking van het geheim de schade aan de ander kan worden voorkomen of beperkt;⁷⁷
6. het geheim wordt zo min mogelijk geschonden.⁷⁸

Aan alle criteria dient te zijn voldaan om een beroep te kunnen doen op conflict van plichten.⁷⁹ Anders zwijgt de arts onverkort. Het moeten voldoen aan alle criteria bevestigt het uitgangspunt dat de arts *zwijgt-tenzij*.⁸⁰ Hieronder worden deze criteria nader uitgewerkt.

5.4.1.1 Alles in het werk stellen om toestemming te verkrijgen

In geval sprake is van een conflict van plichten en de arts overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken, dient hij zich maximaal in te spannen toestemming van betrokkene(n) te verkrijgen. Hij dient hiertoe feiten en omstandigheden te stellen waaruit blijkt dat toestemming niet is verkregen of is geweigerd.⁸¹ Niet voldoende is dat de arts ervan uitgaat dat de patiënt geen toestemming zal geven, zo bleek uit een uitspraak van het RTG Amsterdam in een zaak waarin een psychiater/arts het medisch beroepsgeheim doorbrak:

75 Leenen e.a. 2017, p. 160-161; Zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 55; Kastelein 2004, p. 194; Duijst 2007, p. 64; De Jong 2004, p. 126 en de door hen behandelde rechtspraak.

76 Dit criterium heeft een bredere strekking gekregen: het kan ook gaan om het voorkomen van ernstige schade aan de patiënt. Zie par. 5.4.1.2.

77 Dit criterium heeft een bredere strekking gekregen: het kan ook gaan om het voorkomen of beperken van schade aan de patiënt. Zie par. 5.4.1.2.

78 Leenen e.a. 2017, p. 160-161; Buijsen c.s. 2012, p. 55.

79 Zie voor bevestiging in rechtspraak bijv. RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.1. De tuchtrechter spreekt van cumulatieve voorwaarden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Zie ook: KNMG-richtlijn 2018, p. 130-131.

80 Bol & Dute, *TvGR* 2014, p. 13.

81 CTG 2 september 2010, ECLI:NL:TGZCTG:2010:YG0565; RTG Zwolle 18 november 2010, ECLI:NL:TGZRZWO:2010:YG0660, *GJ* 2011/12.

‘Daar komt bij dat ook als er sprake is van conflict van plichten en de [arts] overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken, hij zich toch maximaal dient in te spannen om daarvoor toestemming van de patiënt te verkrijgen. Daarvan is hier geen sprake geweest. Naar verweerder ter zitting heeft verklaard heeft zij klager niet om toestemming verzocht omdat zij er op voorhand van uitging dat deze geen toestemming zou geven. Daarmee heeft verweerder een belangrijke norm genegeerd.’⁸²

De psychiater/arts werd gewaarschuwd. Voorts blijkt dat de arts moet aantonen waarom hij eventueel geen toestemming heeft gevraagd, maar ook waarom hij de patiënt niet op zijn minst op de hoogte heeft gesteld van het voornemen het medisch beroepsgeheim te doorbreken.⁸³ Dit gaat uiteraard aan het vragen van toestemming vooraf.

De nadruk in de rechterlijke toetsing aan dit criterium ligt voor de hand omdat als er toestemming wordt gegeven, er immers ook geen sprake is van een cvp-situatie. De Hullu benadrukt dus terecht dat in dit eerste criterium de subsidiariteitseis verscholen ligt voor gegevensverstrekking.⁸⁴ De eis van subsidiariteit betekent immers dat er geen andere weg openstaat op grond waarvan het medisch beroepsgeheim kan worden doorbroken. De weg om met behulp van toestemming van betrokkenen (ex art. 7:457 lid 1 en lid 3 BW) het medisch beroepsgeheim te doorbreken, moet zijn afgesloten. Het dilemma terzake van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim ligt dan in alle scherpste op tafel.

5.4.1.2 Niet doorbreken levert ernstige schade op

Dit tweede criterium blijkt in de praktijk te restrictief. Een cvp-situatie beperkt zich immers niet tot het voorkomen van ernstige schade aan een *ander* dan de patiënt.⁸⁵ Het kan zoals blijkt uit de tuchtrechtspraak ook gaan om het voorkomen van ernstige schade aan de *patiënt* zelf.⁸⁶ Zo overwoog het RTG Amsterdam:

‘Verweerder voert aan dat hij met zijn e-mail aan de officier van justitie wilde verzekeren dat klager (...) niet uit beeld zou raken en goede zorg zou krijgen en de maatschappij en collegae, in het bijzonder de naaste familie van klager die eerder door hem was bedreigd, beschermen.’⁸⁷

82 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.

83 Zie bijv. CTG 25 augustus 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:270, r.o. 4.4.

84 De Hullu 2000, p. 286-287; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 54-55.

85 RTG Amsterdam 26 april 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25, r.o. 5.5; RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.3.

86 Dit doet zich doorgaans voor in geval van de bemoeizorg; zie *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19.

87 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.4.

De Amsterdamse tuchtrechter overweegt dus dat het doorbreken van het medisch beroepsgeheim nodig kan zijn ten behoeve van het voorkomen van ernstige schade aan de patiënt zelf. Hier is sprake van een uitbreiding van het cvp-criterium uit het voornoemde cvp-toetsingskader van Leenen. I.c. werd niettemin een maatregel opgelegd, omdat er geen sprake was van een acute of gevaarlijke situatie (zie onder 5.4.1.5). Het bleek dus niet zozeer om de ernst van de schade te gaan maar om de vraag of de situatie acuut of gevaarlijk was. Dat deze vraag relevant is in het licht van het criterium, benadrukken ook Buijsen e.a. die immers stellen dat voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in het kader van conflict van plichten er sprake moet zijn van *direct gevaar* en dus niet zozeer van ernstige schade.⁸⁸ Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat een 'gevreesde dreiging' of de 'reële kans op schade' reeds voldoende kan zijn voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.⁸⁹ De toepassing van het tweede criterium is dus niet eenduidig.⁹⁰

5.4.1.3 De arts in gewetensnood

Het derde criterium betreft gewetensnood waarin de arts moet verkeren. De gewetensnood van de arts ontstaat doordat twee te beschermen belangen conflicteren. Het fundamenteel belang van het medisch beroepsgeheim enerzijds en een ander concreet zwaarwegend belang van een ander of de patiënt zelf anderzijds. Ofschoon het niet om een conflict van emoties gaat, is in de literatuur erop gewezen dat gewetensnood een wel erg subjectieve connotatie heeft. In de woorden van Kastelein: 'Waar de ene arts niet van kan slapen, ligt de andere nog geen seconde wakker'.⁹¹

Het verbaast in dit licht niet dat er een tendens is ontstaan om het handelen van de arts te objectiveren door bijvoorbeeld meldcodes in het leven te roepen waarin nog weinig ruimte wordt gelaten aan subjectief ervaren gewetensnood.⁹² Uit de tuchtrechtspraak blijkt dat de arts zal moeten aantonen dat het om een objectief ervaren gewetensnood gaat en niet om persoonlijke emoties.⁹³ Sterker nog: stellen dat je géén gewetensnood hebt ervaren, helpt de arts niet in een procedure omdat er beroepsnormen gelden op basis waar-

⁸⁸ Buijsen c.s. 2012, p. 55.

⁸⁹ Zie bijv. CTG 27 mei 2008, *TvGR* 2008/48, p. 626; RTG 's-Gravenhage 17 augustus 2010, *ECLI:NL:TGZRSGR:2010:YG0517*, *GJ* 2010/120; RTG Amsterdam 22 juni 2010, zaak nr. 09/220.

⁹⁰ Kastelein 2004, p. 194.

⁹¹ Kastelein 2004, p. 182; zie ook Buijsen c.s. 2012, p. 55.

⁹² Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, waarin het handelen van de arts in art. 4 wordt geobjectiveerd.

⁹³ Zie bijv. RTG Amsterdam 26 april 2016, *ECLI:NL:TGZRAMS:2016:25*, r.o. 5.5 waaruit blijkt dat betrokkene de afweging het medisch beroepsgeheim te doorbreken niet op basis van gevoelens maar feiten moet maken.

van je een ‘niet pluis gevoel’ moet krijgen en dient te handelen.⁹⁴ De vraag rijst wel waarom nog steeds naar dit criterium wordt verwezen, terwijl er toch enig ongemak blijkt te zijn met het begrip ‘gewetensnood’.⁹⁵

5.4.1.4 Geen andere weg

In het vierde criterium ligt, evenals in het tweede criterium, de eis van subsidiariteit besloten. Het criterium bepaalt immers dat er geen enkele andere mogelijkheid openstaat dan het doorbreken van de geheimhoudingsplicht om schade aan een ander te voorkomen of te beperken.⁹⁶ Het doorbreken van het medisch beroepsgeheim is dus in dit licht een noodzakelijk *ultimum remedium*.

5.4.1.5 Voorkomen of beperken schade

Volgens Kastelein is dit een onduidelijk criterium, omdat eenvoudigweg lang niet altijd vooraf te voorzien is of schade kan worden voorkomen of beperkt.⁹⁷ Ook De Jong meent dat het vijfde criterium een eigenschap bij artsen veronderstelt die zij niet hebben, namelijk de toekomst voorspellen.⁹⁸ Artsen kunnen lang niet altijd met zekerheid weten of er schade optreedt dan wel wat de ernst van die schade zal zijn, aldus De Jong. Dit is evenwel ook geen vereiste: voldoende is immers dat het voorkomen ervan ‘vrijwel zeker’ is. Het komt mij voor dat dit criterium aldus moet worden begrepen dat er sprake moet zijn van een situatie die dermate acuut en gevaarlijk is of kan zijn, dat het noodzakelijk is het medisch beroepsgeheim te doorbreken ter bescherming van een ander zwaarwegend belang. Steun voor deze gedachte geven diverse uitspraken. Een bekend voorbeeld is de zaak van de zogeheten balpenmoord. Een psychologe had aangifte gedaan bij de politie nadat haar patiënt had verklaard dat hij zijn moeder had vermoord door een pen met een kruisboog op haar af te schieten. Er was i.c. geen sprake meer van een acute of gevaarlijke situatie, omdat de moeder immers al was overleden. De psychologe kreeg een maatregel opgelegd.⁹⁹ Ook in een zaak die diende voor het RTG Amsterdam, overwoog de tuchtrechter dat i.c. er geen sprake was van een acute of gevaarlijke situatie die de arts noopte tot doorbreking van het medisch beroepsgeheim omdat de patiënt die een ander wat aan wilde doen reeds in verzekering was

94 Zie bijv. KNMG-meldcode 2015, waarin het handelen van de arts in art. 4 wordt geobjectieerd.

95 Zie bijv. KNMG-richtlijn 2018, p. 131 waar nog gesproken wordt van gewetensnood.

96 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.

97 Kastelein 2004, p. 192.

98 De Jong 2004, p. 132.

99 College van Beroep NIP 20 juni 1997, *TvGR* 1999/43.

gesteld.¹⁰⁰ Oftewel: er moet sprake zijn van daadwerkelijk, actueel gevaar dat niet is 'weggenomen'.

5.4.1.6 Geheim zo min mogelijk schenden

Het zesde criterium – het geheim wordt zo min mogelijk geschonden – behelst de eis van proportionaliteit. De rechter toetst immers of de informatie die de arts naar aanleiding van zijn besluit om het beroepsgeheim te doorbreken aan een derde verstrekt, zich beperkt tot het relevante en noodzakelijke. Voorts mogen gegevens omtrent de patiënt niet worden verstrekt op een wijze die onverenigbaar is met de doeleinden waarvoor ze zijn verkregen.¹⁰¹ Dit criterium ziet niet zozeer op de vraag óf de zwijgplicht mag resp. moet worden doorbroken maar in welke mate deze dient te worden doorbroken.

5.4.2 Gevolgen van conflict van plichten als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Wat is het resultaat van het hanteren van het cvp-toetsingskader: mag of moet de arts het medisch beroepsgeheim doorbreken? Deze vraag is in de literatuur beantwoord vanuit de gedachte dat conflict van plichten een zelfstandige grondslag van het doorbreken van de zwijgplicht als een geïsoleerde, zelfstandige plicht. Zo benadrukt Gevers dat er een rechtsplicht kan bestaan tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van conflict van plichten.¹⁰² De Jong is het hiermee eens en voegt toe dat er naar zijn idee sprake moet zijn van een concreet, reëel belang van een derde waarbij het spreken daadwerkelijk tot bescherming van dat belang kan leiden.¹⁰³ Stolker benadrukt terecht dat zwijgen in een cvp-situatie onrechtmatig kan zijn en tot schadevergoeding kan verplichten.¹⁰⁴ Castermans wijst erop dat niet alleen de moraal, maar ook het recht in welbepaalde gevallen zwijgen afkeurt en er niet alleen van een morele plicht maar ook een rechtsplicht sprake kan zijn.¹⁰⁵

Uit de tuchtrechtspraak blijkt weliswaar dat een conflict van plichten geenszins impliceert dat het medisch beroepsgeheim doorbroken *moet* worden, maar de vraag rijst hier wel of de tuchtrechter niet bedoelt dat de afweging in het kader van conflict van plichten óók kan leiden tot het besluit te blijven zwijgen.¹⁰⁶ De situatie van conflict van plichten noopt de arts immers tot

100 RTG Amsterdam 9 mei 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:52, r.o. 5.5.

101 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 oktober 2007, zaak nr. 06/342, GJ 2008/47.

102 Gevers, *TvGR* 2003, p. 523.

103 De Jong 2004, p. 137.

104 Stolker 1994, p. 43.

105 Castermans 1992, p. 29.

106 Zie bijv. RTG Amsterdam 9 oktober 2007, zaak nr. 06/342, GJ 2008/47.

het maken van een afweging langs de lijnen van het daarvoor ontwikkelde toetsingskader met het doel op grond van die afweging te beslissen tussen zwijgen of spreken. Het cvp-toetsingskader stelt de arts dus in staat om van zijn bevoegdheid gebruik te maken te beslissen tussen zwijgen of spreken, maar als die beslissing de ene of de andere kant uitvalt, dan valt niet uit te sluiten dat de arts daaraan gevolg móet geven. Ook over het níet doorbreken van het medisch beroepsgeheim kan immers worden geklaagd.

Het komt mij voor dat als het cvp-toetsingskader leidt tot de slotsom dat de zwijgplicht moet wijken ter voorkoming van ernstige schade aan de patiënt of een ander, de arts daartoe vervolgens ook verplicht is. Waarom zou men anders een afweging op grond van dat toetsingskader maken? Een conflict van plichten-situatie kan dus wel degelijk inhouden dat de arts het zwijgen moet doorbreken, namelijk als de uitkomst van de toetsing daartoe noopt.

Het omgekeerde is wellicht nog vanzelfsprekender: als de afweging op grond van de cvp-criteria tot de slotsom leidt dat de arts moet blijven zwijgen, dan geldt uiteraard dat het van goede zorgverlening getuigt dat hij zwijgt. Die vanzelfsprekendheid vloeit uiteraard voort uit het feit dat er een wettelijke zwijgplicht geldt.

Voor het doorlopen van het cvp-toetsingskader is niet conflict van plichten de juridische basis. Dat is immers niet meer dan een situatie waarin de arts zich bevindt. De arts dient, omdat hij zich in een cvp-situatie bevindt, het cvp-toetsingskader te doorlopen omdat hij in het belang van de patiënt of een ander mogelijkerwijs het medisch beroepsgeheim moet doorbreken om ernstige schade voor de patiënt of de ander te voorkomen. In de kern gaat het dus om het voorkomen van ernstige schade voor de patiënt of voor een ander. Dát is de legitimatie voor de eventuele doorbreking. Voor zover die doorbreking in het belang is van zijn eigen patiënt, bijvoorbeeld in geval van bemoeizorg of kindermishandeling, dan vloeit die wat genoemd kan worden de 'professionele plicht tot spreken' voort uit de zorgplicht ex art. 7:453 BW. Het getuigt immers van goede zorg om ernstige schade aan de patiënt te voorkomen. Want welk belang heeft bijvoorbeeld de patiënt erbij dat zijn gegevens tegen verstrekking worden beschermd als hij daardoor ernstige schade wordt berokkenend? Voor zover de arts het medisch beroepsgeheim doorbreekt in het belang van een ánder dan de patiënt, dan kan deze doorbreking niet beredeneerd worden vanuit de zorgplicht ex art. 7:453 BW, maar wel degelijk vanuit een meer overkoepelende zorgplicht zoals deze besloten ligt in de medische ethiek en daarbij behorende beginselen als weldoen en niet schaden.¹⁰⁷ Voorwaardelijk voor de doorbreking op grond van het cvp-toetsingskader is immers dat ernstige schade aan die ander wordt voorkomen. Deze algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht overstijgt de arts-patiëntrelatie.

107 Beauchamp & Childress 2013.

5.4.3 Tussenconclusie

Vooraf zij opgemerkt dat onderhavige tussenconclusie – in tegenstelling tot de ander tussenconclusies in dit hoofdstuk – zich niet slechts zal beperken tot een samenvatting van het beschrevene, maar beoogt iets verder te reiken dan dat met het oog op het tweede deel van dit proefschrift. Daar wordt immers het cvp-toetsingskader nader geanalyseerd voor de situatie van kindermishandeling. Knellen bijvoorbeeld de cvp-criteria in die situatie en zo ja, wat betekent dat voor conflict van plichten en het daarbij behorende cvp-toetsingskader?

In deze paragraaf is gebleken dat conflict van plichten de benaming is voor de situatie waarin de arts ook zonder wettelijke verplichting of (veronderstelde) toestemming van betrokkene(n) overweegt het medisch beroepsgeheim te doorbreken. Het daarvoor ontwikkelde cvp-toetsingskader is niet bedoeld om de arts veel ruimte te geven voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar om hem te dwingen een zorgvuldige afweging te maken waarbij het accent ligt op ‘zwijgen-tenzij’.

Het cvp-toetsingskader zoals dat in het Handboek van Leenen e.a. (2017) is gepresenteerd (zie 5.4.1) vormt weliswaar de leidraad voor de afweging tot al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar is aan kritiek onderhevig. Het blijkt soms te restrictief (zie onder 5.4.1.2), soms te subjectief (zie onder 5.4.1.3) en soms te onduidelijk (zie onder 5.4.1.4). De rechtspraak reageert hierop door criteria anders te duiden, zoals dat het ook kan gaan om het beschermen van de belangen van de patiënt en niet alleen van die van een ander. De praktijk reageert met beroepscodes en handreikingen waarin handzame stappenplannen worden beschreven die de arts uit een cvp-situatie moeten geleiden. Op deze wijze wordt bijvoorbeeld beoogd subjectief ervaren gewetensnood te objectiveren. Dit roept vanzelfsprekend de vraag op wat de toegevoegde waarde is van het cvp-toetsingskader. Dit geldt eens te meer voor situaties waarin het accent van zwijgen-tenzij verlegd is naar spreken-tenzij.

De KNMG spreekt in haar *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* van ‘goed hulpverlenerschap’ als een ‘verbijzondering van conflict van plichten’.¹⁰⁸ Met ‘verbijzondering’ bedoelt de KNMG ongetwijfeld een *versoepling* van conflict van plichten. De KNMG benadrukt immers dat het van ‘goed hulpverlenerschap’ kan getuigen dat de arts zich niet beroept op de zwijgplicht, maar toch actie onderneemt en spreekt. Bijvoorbeeld door over de patiënt en zijn situatie te overleggen met andere hulpverleners of relevante organisaties. Het belang van goede medische zorg kan volgens de KNMG prevaleren boven het belang van de zwijgplicht.¹⁰⁹

Ook de centrale tuchtrechter wijst op de mogelijkheid dat de arts het medisch beroepsgeheim vanuit zijn goed hulpverlenerschap mag doorbreken.

108 *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19; KNMG-meldcode 2015, p. 46.

109 *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* 2014, p. 19.

Zo overwoog het CTG in een zaak waarin een huisarts zonder toestemming van betrokkene informatie had gedeeld met het voordeurteam GGZ dat de arts in deze situatie niet tuchtrechtelijk kon worden verweten dat zij – *uit hoofde van haar invulling van het goed hulpverlenerschap* – dit had gedaan.¹¹⁰ Het CTG toetst aan de zorgvuldigheidsnormen uit de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* zoals ook bleek in een uitspraak van het CTG waarin de arts eveneens in het kader van bemoeizorg gegevens had verstrekt. Het CTG overwoog dat het belang van een doeltreffende bemoeizorg bij het uitwisselen van persoonsgegevens de hulpverlener dwingt tot het maken van een afweging al dan niet het medisch beroepsgeheim te doorbreken.¹¹¹ Aan het cvp-toetsingskader werd niet getoetst, maar wel aan de in de *Handreiking gegevensuitwisseling in de bemoeizorg* genoemde criteria (relevantie van de te verstrekken gegevens, belang van doeltreffende bemoeizorg bij uitwisseling van gegevens). Het spreekt voor zich dat het belang van doeltreffende bemoeizorg bij het uitwisselen van gegevens zich niet goed verhoudt tot het cvp-toetsingskader dat immers niet uitgaat van de gedachte spreken-tenzij. Kennelijk biedt het cvp-toetsingskader dus niet de gewenste ruimte voor gegevensuitwisseling in die situaties waarin daaraan wél behoefte is.

Door conflict van plichten als uitzondering op het medisch beroepsgeheim in samenhang te beschouwen met de zorgplicht zoals in de vorige paragraaf is betoogd, kan juridisch vorm worden gegeven aan het verleggen van het accent van zwijgen-tenzij naar spreken-tenzij. Niet conflict van plichten is de grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, maar de zorgplicht. Vanuit die plicht maakt de arts een afweging. Als het in een specifieke situatie niet wenselijk is dat het accent op zwijgen-tenzij ligt, dan moet het cvp-toetsingskader noodgedwongen worden losgelaten. Daarvoor in de plaats kan dan een ander afwegingskader met toetsingsmaatstaven komen. Daarbij gaat het niet om een ‘verbijzondering’ van conflict van plichten, zoals de KNMG stelt. Maar sterker: het gaat in die specifieke situaties om een afscheid van conflict van plichten en het daarbij behorende toetsingskader vanwege het voor die situaties niet wenselijke uitgangspunt ervan: zwijgen-tenzij. Het loslaten van dat uitgangspunt betekent ook het loslaten van het cvp-toetsingskader. Als de beroepsgroep immers andere toetsingsmaatstaven in het leven roept bestaande uit stappen en zorgvuldigheidsnormen die uitgaan van spreken-tenzij, dan is het vanuit de gedachte van rechtszekerheid niet goed verdedigbaar dat een eventuele doorbreking van het medisch beroepsgeheim langs de lat van het restrictieve cvp-toetsingskader wordt gelegd. De arts komt dan immers klem te zitten tussen twee van oorsprong verschillende toetsingskaders voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim: stappenplan en cvp-toetsingskader.

110 CTG 15 december 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1658, r.o. 4.5. Zie onder par. 3.6.

111 CTG 6 maart 2014, ECLI:NL:TGZCTG:2014:83, r.o. 4.6.

Door afscheid te nemen van conflict van plichten in de situaties waarin het accent op spreken ligt, en een duidelijk toetsingskader daarvoor in de plaats te stellen dat uiteraard geïnspireerd is op de uitgangspunten die er gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (noodzaak, proportionaliteit en subsidiariteit), ontstaat duidelijkheid voor arts, maar ook voor betrokkene(n). Niet alleen omdat het uitgangspunt in zo'n toetsingskader moet zijn dat de arts met betrokkene(n) overlegt, maar ook omdat als de uitkomst van de gezette stappen is dat hij spreekt, de arts dan het medisch beroepsgeheim móet doorbreken, en andersom: als de uitkomst is dat er (nog) geen reden is om het zwijgen te doorbreken, dan zwijgt de arts onverkort. Dat biedt betrokkene(n) de nodige rechtszekerheid en rechtsbescherming. De grondslag voor die afweging en het gevolg geven aan het resultaat ervan, is de plicht tot goede zorgverlening die op de arts rust.

5.5 ZWAARWEGEND BELANG

Het medisch beroepsgeheim kan ook doorbroken worden op grond van een zwaarwegend belang.¹¹² Er is ruimte het medisch beroepsgeheim te doorbreken indien voldoende concrete aanwijzingen aanwezig zijn waaruit blijkt dat door het handhaven van het medisch beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang zou kunnen worden geschaad.¹¹³ De uitzonderingsgrond zwaarwegend belang is ontwikkeld in de civielrechtelijke jurisprudentie. Kennelijk is de uitkomst van een afweging op grond van conflict van plichten dat de arts zwijgt, toch in bepaalde gevallen onbevredigend. Vandaar ook dat bijvoorbeeld nabestaanden die inzage wensen in het medisch dossier waarop de arts negatief beslist, vervolgens een vordering indienen tot inzage in het medisch dossier. Of er in een concreet geval sprake is van een zwaarwegend belang hangt af van de omstandigheden van het geval.

Zwaarwegende belangen die in de rechtspraak zijn geaccepteerd en die hieronder worden besproken zijn: belangen van erfgenamen (par. 5.5.1),¹¹⁴ gezondheidsbelangen (par. 5.5.2),¹¹⁵ het belang te weten van wie men afstamt (par. 5.5.3),¹¹⁶ het belang van de arts zich te verdedigen als hij in rechte wordt gedaagd, maar ook als hij in een klachtenprocedure verzeild raakt (par. 5.5.4).¹¹⁷ Ten slotte wordt in het wetvoorstel tot wijziging van de Wgbo

112 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 10.

113 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 11, *NJ* 2001/600; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7.

114 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 11, *NJ* 2001/600.

115 HR 12 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8442, *NJ* 2004/117; Cassatie tegen beslissing van het Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, m.nt. A.M. Vermaas en J.C.J. Dute.

116 Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, ECLI:NL:GHSHE:1991:AD1486, *NJ* 1991/796; HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608.

117 HR 8 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF4131, *NJ* 2004/365.

voorgesteld om het vermoeden van een medische fout waarover de arts geen openheid heeft gegeven aan te merken als zwaarwegend belang (par. 5.5.5).¹¹⁸

5.5.1 Belang van nabestaanden bij erfenisgeschillen

Nabestaanden die inzage eisen in het medisch dossier van een overleden familielid, kunnen hierbij een zwaarwegend belang hebben.¹¹⁹ Dat belang bestaat uit het aanvechten van een rechtshandeling die is verricht door een inmiddels overleden patiënt. De eiser is van mening dat de patiënt ten tijde van het verrichten van die rechtshandeling niet *compos mentis* was.¹²⁰ Hierbij gaat het om gevallen waarin bijvoorbeeld een testament is gewijzigd, waardoor een bepaalde erfgenaam minder erft dan eerder in het testament was geregeld.¹²¹ Als er tijdens de wijziging van het testament mogelijk sprake was van wilsonbekwaamheid bij de erflater kan inzage in het medisch dossier daar mogelijk antwoord op geven.¹²² Andere financiële belangen dan die gepaard gaan met het mislopen van een erfenis, gelden niet als zwaarwegende belangen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, althans zo is mij niet gebleken uit de jurisprudentie. Sterker nog: in een enkele uitspraak wordt benadrukt dat andere financiële belangen geen zwaarwegend belang zijn die inzage in de gegevens van de overledene legitimeren.¹²³ Emotionele belangen,

118 Inzage in het dossier in geval van een vermoeden van een medische fout wordt niet vaak gegeven, zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 11 waarin als voorbeelden uit de jurisprudentie worden aangehaald: Rb. Leeuwarden 8 juni 2011, ECLI:NL:RBL EE:2011:BQ7902; Rb. Noord-Nederland 3 februari 2016, ECLI:NL:RBN NE:2016:265; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674; Hof Den Bosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:942.

119 Zie Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14. Een voormalig wettelijk vertegenwoordiger die geen nabestaande is, kan bij inzage in het dossier zo blijkt uit de jurisprudentie 'enig belang' hebben (geen zwaarwegend belang). Zie Hof Amsterdam 29 januari 1998, *NJK* 1998/17, r.o. 4.14 en 4.21. Zie voor inzagerecht ouders na overlijden: par. 3.5.5.

120 Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 13. Hierin wordt voorgesteld om ook wettelijk vertegenwoordigers en ouders en voogd van een kind tot zeventien jaar onder voorwaarden een inzagerecht te geven (Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14-15).

121 In een enkel geval betreft het vlak voor overlijden aangaan van een huwelijk. Zie Rb. Breda 5 januari 2000, ECLI:NL:RBBRE:2000:AH8091, KG 2000/35.

122 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, *NJ* 2001/600; zie bijv. ook HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, *NJ* 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7, *TvGR* 2016/66 & *TvGR* 2016/159; Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3007, r.o. 3.8.3, *TvGR* 2014/46; Hof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8078, r.o. 3.18, *TvGR* 2015/9; Hof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470, r.o. 4.4, *JPG* 2012/88.

123 Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, KG 0000345/Br; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, *NJ* 2003/379.

hoe zwaarwegend vanuit menselijk perspectief, legitimeren inzage in het dossier door nabestaanden niet.¹²⁴

Uit de onderzochte rechtspraak over het zwaarwegend belang als uitzondering op het medisch beroepsgeheim in erfkwesties blijkt het volgende. Er dienen (i) zwaarwegende, concrete aanwijzingen te zijn dat de overledene tijdens het verlijden van het testament niet *compos mentis* was en dus niet bekwaam was rechtshandelingen te verrichten.¹²⁵ Voorts (ii) moet aannemelijk zijn dat het medisch dossier daarover helderheid kan geven.¹²⁶ Ten slotte (iii) staat er niet een andere weg open om deze duidelijkheid te verkrijgen.¹²⁷

Voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim worden in de rechtspraak twee gronden aangewezen: de veronderstelde toestemming en het zwaarwegend belang. Echter, deze worden door rechters niet altijd eenduidig toegepast. In sommige uitspraken beoordeelt de rechter immers of sprake is van veronderstelde toestemming van de patiënt en een rechtmatig belang bij de nabestaande.¹²⁸ In andere uitspraken is naast de veronderstelde toestemming van de patiënt vereist dat de nabestaande een zwaarwegend belang aantoonst voor inzage in de gegevens in plaats van een rechtmatig belang.¹²⁹ De rechtspraktijk zou dus gebaat zijn met een richtinggevende uitspraak op het terrein van erfenisgeschillen.¹³⁰

Wat betreft de relatie tussen veronderstelde toestemming van de overleden patiënt en zwaarwegend belang, merkt Hendriks terecht op dat, door te eisen dat er voldoende concrete aanwijzingen aanwezig zijn om aan te tonen dat door handhaving van het medisch beroepsgeheim een ander zwaarwegend belang geschaad zou kunnen worden, de Hoge Raad (impliciet) afstand doet

124 Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.9; Rb. Amsterdam 23 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239, GJ 2014/146; Rb. Arnhem, 15 augustus 2005, ECLI:NL:RBARN:2005:AU4760, Prg. 2005/195; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, KG 2003/9; Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, NJ 2003/379.

125 Zie bijv. HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, r.o. 4.4.3-4.4.4, NJ 2001/600; zie ook HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, r.o. 3.3.2, NJ 2015/359; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, LS&R 1528.

126 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, NJ 2001/600; HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, NJ 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7 en 6.9, TvGR 2016/66 & TvGR 2016/159; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, LS&R 1528.

127 HR 20 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1201, NJ 2001/600; HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311, NJ 2015/359; Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3901, r.o. 6.7-6.9, TvGR 2016/66 & TvGR 2016/159; Rb. Noord-Nederland 27 september 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4099, r.o. 4.4-4.7, GJ 2017/60.

128 Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:942, r.o.3.5.2; Hof 's-Hertogenbosch 13 maart 2001, ECLI:NL:GHSHE:2001:AB1126, r.o. 4.7-4.11, KG 0000345/Br; Hof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470, r.o. 4.3-4.4, JPG 2012/88.

129 Hof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, ECLI:NL:GHSHE:2002:AI1674, r.o. 6, NJ 2003/379; Hof Amsterdam 28 november 2002, ECLI:NL:GHAMS:2002:AG0075, r.o. 4, KG 2003/9.

130 Reeds in 2009 wees Legemaate hierop: Legemaate, NJB 2009, p. 2623.

van de benadering van de veronderstelde toestemming als grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.¹³¹ Volgens Bannier en Buijsen zou in de toetsing ook moeten meewegen dat het voldoende aannemelijk is dat de overledene, ware hij nog in leven geweest, toestemming voor inzage in het medisch dossier zou hebben gegeven.¹³² Met Bannier en Buijsen ben ik het eens dat de veronderstelde toestemming een aanvullende wegingsfactor zou moeten zijn, maar niet de enige wegingsfactor gezien het feit dat de patiënt immers bij leven niet kenbaar heeft gemaakt dat hij daadwerkelijk wenst dat zijn nabestaanden inzage krijgen in zijn gegevens.¹³³

In het licht van bovenstaande verbaast het niet dat is voorgesteld het inzagerecht wettelijk te regelen, zodat voor nabestaanden, maar ook voor artsen en de rechtspraktijk het eenvoudiger kenbaar is wanneer en onder welke voorwaarden inzage kan worden verkregen.¹³⁴ Deze voorwaarden zijn: (i) het belang van geheimhouding van informatie uit het medisch dossier moet worden gewogen tegen het zwaarwegende belang van de persoon die zich hierop beroept. Inzage wordt alleen gegeven wanneer aan de hand van voldoende concrete aanwijzingen wordt aangetoond dat het zwaarwegende belang geschaad zou kunnen worden; en (ii) inzage moet noodzakelijk zijn voor de behartiging van dit zwaarwegende belang. Gekozen wordt dus voor de zwaarwegendheid en niet de rechtmatigheid van het belang.¹³⁵ Dat is een eerste stap, maar wel een stap die de facto neerkomt op een bij wet neergelegde doorbreking van het medisch beroepsgeheim.¹³⁶ Met Hendriks ben ik het eens dat het voorstel om nabestaanden inzage te geven in het medisch dossier van de overledenen lastig valt te rijmen met de ratio van de Wgbo, namelijk het verder versterken van de rechten van de patiënt.¹³⁷ Temeer omdat het voorstel vooral is ingegeven om nabestaanden de mogelijkheid tot inzage te geven in het dossier van een familielid dat door zelfmoord om het leven is gekomen.¹³⁸

131 Hendriks, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 535; zie ook par. 2.7.

132 Bannier e.a. 2008, p. 110; Buijsen c.s. 2012, p. 56.

133 Dit zal veranderen als het wetsvoorstel tot wijziging van de Wgbo de eindstreep haalt. Zie *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT), p. 9-15; Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14.

134 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 9 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 10 e.v. Nieuw art. 7:458a BW.

135 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 12 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 12-13.

136 Zie reactie KNMG op https://www.internetconsultatie.nl/concept_wijziging_wgbo/details (laatst geraadpleegd 29 januari 2018). In de optiek van de KNMG is er eerder behoefte aan goede nazorg waarbij ruimte bestaat om nabestaanden te informeren over de omstandigheden waaronder een persoon is komen te overlijden en wat hiervan de eventuele gevolgen zijn.

137 Hendriks, *NJB* 2017, p. 1071.

138 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 9 (MvT); Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 11.

Het gegeven dat nabestaanden een zwaarwegend belang kunnen hebben bij inzage in het dossier van de overleden patiënt en de behoefte aan een wettelijke regulering hiervan, toont aan dat het medisch beroepsgeheim geen rustig bezit is.¹³⁹ Sterker nog: de twee wettelijke uitzonderingsgronden, aangevuld met conflict van plichten en het daarbij behorende toetsingskader, blijken dus niet toereikend. De uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim nemen toe, temeer omdat er nog meer belangen blijken te zijn die als zwaarwegend kunnen gelden.

5.5.2 Gezondheidsbelang

De Hoge Raad heeft uitgemaakt dat het gezondheidsbelang een zwaarwegend belang kan zijn dat het doorbreken van het medisch beroepsgeheim rechtvaardigt. Hiervan was sprake in een zaak waarin een vrouw was verkracht, vervolgens een HIV-test eiste van haar belager en de uitslag daarvan wenste te vernemen.¹⁴⁰ In een andere zaak ging het om de arts, die tijdens het opereren van zijn patiënt mogelijk besmet was geraakt met HIV.¹⁴¹ Ook hij eiste een HIV-test en wenste daarvan de uitslag te vernemen. De Hoge Raad overwoog in beide gevallen dat betrokkenen ter bescherming van hun eigen gezondheid recht hadden een test te eisen en van de uitslag kennis te nemen, ook zonder dat betrokkene daarvoor toestemming had gegeven. Hieruit valt dus af te leiden dat het ging om ofwel het vaststellen en uitvoeren van een recht in rechte ofwel om een vitaal belang van de betrokken arts, zoals bedoeld in art. 9 lid 2 onder c AVG.

Opvallend is dat in de zaak van de arts de vraag of het medisch beroepsgeheim doorbroken moest worden vooreerst getoetst werd aan het cvp-toetsingskader. Daaraan was niet voldaan, waarna op grond van 'zwaarwegend belang' het medisch beroepsgeheim alsnog moest wijken. Hieruit zou een zekere hiërarchie tussen de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim kunnen worden afgeleid. Echter, in de zaak van de verkrachte vrouw die wilde vernemen of haar beklager HIV-positief was, wordt niet in eerste aanleg getoetst aan het cvp-toetsingskader, maar gaat het om een belangenafweging, terwijl in beide gevallen het gaat om het eventueel vrijgeven van de vertrouwelijke uitslag van een HIV-test.¹⁴² Hierdoor is het voor de arts niet eenduidig waaraan het doorbreken van het medisch beroepsgeheim in rechte precies wordt

139 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 14-15 (MvT). Zie in dit licht ook Wetsvoorstel wijziging Wgbo, 2016/17 (MvT), p. 14-15 waarin verdere inperkingen van het medisch beroepsgeheim worden voorgesteld ten behoeve van wettelijk vertegenwoordigers en ouders/voogd van kind tot en met zeventien jaar.

140 HR 18 juni 1993, *TvGR* 1993/53.

141 HR 12 december 2003, *ECLI:NL:HR:2003:AL8442*, *NJ* 2004/117; Cassatie tegen beslissing van het Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, m.nt. A.M. Vermaas en J.C.J. Dute.

142 Hof Amsterdam 18 april 2002, *TvGR* 2003/15, r.o. 4.14.

getoetst en wat de waarde is die aan het cvp-toetsingskader dienaangaande moet worden gehecht. Het komt mij voor dat pas aan de uitzondering van zwaarwegend belang zou moeten worden toegekomen nadat is bezien of het cvp-toetsingskader inderdaad geen oplossing biedt voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, temeer omdat hiervoor een duidelijk toetsingskader geldt.

5.5.3 Belang te weten van wie men afstamt

Het recht om te weten van wie men afstamt is een essentieel onderdeel van het recht op privacy (zie art. 8 EVRM). Volgens het EHRM is het verkrijgen van kennis over familiebetrekkingen een belangrijk aspect van iemands identiteit en een fundamenteel recht dat gebaseerd kan worden op art. 8 EVRM.¹⁴³ Het recht om te weten van wie men afstamt, staat tegenover het recht van de potentiële ouder om dat geheim te houden. De Hoge Raad overweegt in het Valkenhorst-arrest dat het recht te weten van wie men afstamt een persoonlijkheidsrecht is dat van dermate zwaarwegend belang is dat het een doorbreking van het medisch beroepsgeheim legitimeert.¹⁴⁴ In deze zaak vorderde de dochter inzage in het medisch dossier van haar moeder, teneinde duidelijk te krijgen wie haar biologische vader is. De moeder had geen toestemming gegeven voor het vrijgeven van deze informatie. Evenals in geval bij erfenisgeschillen, valt op dat de arts hier in eerste instantie de geheimhoudingsplicht nakomt, omdat toestemming van betrokkenen voor het verstrekken van inlichtingen aan een ander immers ontbreekt. Kennelijk ziet de arts zich óf niet voor een conflict van plichten gesteld óf wel, maar dan zwijgt hij omdat hij meent niet aan de cvp-criteria te hebben voldaan.¹⁴⁵ Vervolgens dient dus de dochter een eis tot inzage in het medisch dossier in. De Hoge Raad wees de eis van de dochter toe: het recht van een kind om te weten door wie het is verwekt, prevaleert boven het recht van de moeder op geheimhouding. In een andere zaak oordeelde de Hoge Raad dat de vermoedelijk biologische vader verplicht was mee te werken aan een bloed- of DNA-onderzoek.¹⁴⁶ In weer een andere zaak waarin de dochter op zoek was naar de identiteit van haar biologische

143 Zie bijv. EHRM 13 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY7907 (J. tegen Zwitserland); zie ook EHRM 7 februari 2002, Mikulic tegen Kroatië, nr. 53176/99, EHRC 2002/25; EHRM 13 februari 2003, Odièvre tegen Frankrijk (GC), nr. 42326/98, EHRC 2003/29, *NJB* 2003, afl. 18, p. 930, nr. 19, *NJCM-Bulletin* 2003, p. 774.

144 HR 15 april 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1337, *NJ* 1994/608 (Valkenhorst); Cassatie tegen beslissing van Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991/796.

145 Dit betreft het criterium dat het vrijwel zeker moet zijn dat schade aan een ander wordt voorkomen of beperkt. In par. 5.4.1.5 alwaar bleek dat er sprake moet zijn van daadwerkelijk, actueel gevaar of van een acuutheid die niet is weggenomen.

146 HR 22 september 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7204, r.o. 3.5, *NJ* 2001, 647, m.nt. J. de Boer; zie bijv. ook HR 9 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3262, r.o. 3.10, *NJ* 2006/560.

vader, overwoog de Hoge Raad dat de moeder in rechte verplicht kan worden de relevante informatie over de vader te verstrekken.¹⁴⁷ Het medisch beroepsgeheim zal in die gevallen dus (alsnog) moeten worden doorbroken.

Uit de jurisprudentie van het EHRM die voor Nederland richtinggevend is, blijkt dat het recht om te weten van wie men afstamt weliswaar het recht is van een kind (art. 7 EVRM) maar dat dit recht niet beperkt blijft tot de periode waarin betrokkene minderjarig is. Zo accepteerde het EHRM de redenering van het Zwitserse Hof niet dat betrokkene inmiddels 67 jaar was en kennelijk zich zonder psychologische problemen had kunnen ontwikkelen. Het EHRM overwoog dat het belang om te weten van wie men afstamt niet ophoudt te bestaan, omdat betrokkene zijn gehele leven al leed aan 'souffrances morales' die het gevolg waren van het niet weten van wie hij afstamt en die bleken uit zijn voortdurende juridische strijd teneinde te weten te komen wie zijn biologische vader was. Het EHRM stelt vast dat een inbreuk op het privéleven van de betrokkene niet mogelijk is na de dood van betrokkene en dat dus DNA kon worden afgenomen om duidelijkheid over de afkomst te geven.¹⁴⁸

Het erkennen van een zwaarwegend belang zoals het recht te weten van wie men afstamt, past weliswaar – in de woorden van Leenen – bij de functie van het recht in de telkens evoluerende samenleving waarin ook andere belangen spelen dan de belangen van het medisch beroepsgeheim, maar het vraagt ook om een terughoudende en voorzichtige toepassing.¹⁴⁹ Want welke andere belangen worden er in de toekomst als zwaarwegend aangemerkt die een inbreuk op het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen?

5.5.4 Belang van de arts op eigen verdediging

In de rechtspraak van de Hoge Raad is uitgemaakt dat de arts een zwaarwegend verdedigingsbelang kan hebben dat rechtvaardigt dat hij gegevens uit het patiëntendossier gebruikt voor zijn verweer.¹⁵⁰ De gedachte hierachter is dat de arts recht heeft op een eerlijk proces zoals bedoeld in art. 6 EVRM en daartoe behoort het recht op verdediging.¹⁵¹ Toepasselijkheid van artikel 6 EVRM, aldus de Hoge Raad, en het daarin verankerde recht op *fair trial* brengt mee dat partijen alle feiten en omstandigheden die naar hun inzicht van belang kunnen zijn voor de beoordeling van hun geschil vrijelijk ter kennis van de

147 HR 3 januari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2238, r.o. 5.4, NJ 1997/451, m.nt. J. de Boer.

148 EHRM 13 juli 2006, ECLI:NL:XX:2006:AY7907 (J. tegen Zwitserland). Zie ook: EHRM 15 mei 2006, De erven van Kresten Filtenborg Mortensen tegen Denemarken, (appl. no. 1338/03), *RodW* 2006/843.

149 Leenen e.a. 2017, p. 162.

150 Zie bijv. HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, NJ 2004/365; HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, NJ 1998/554.

151 Zie bijv. HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, NJ 2004/365; HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, NJ 1998/554.

rechter moeten kunnen brengen.¹⁵² Wel blijkt dat de arts zich in zijn verweer nadrukkelijk op dit zwaarwegend belang moet beroepen.¹⁵³

Het zwaarwegend belang in de zin van het verdedigingsbelang van de arts komt vanzelfsprekend pas aan de orde als het medisch beroepsgeheim niet op grond van toestemming van de patiënt kan worden doorbroken.

In par. 5.2 is reeds gebleken dat toestemming van de patiënt voor het gebruik van gegevens uit het dossier door de arts ten behoeve van het voeren van verweer kan worden verondersteld in tuchtzaken. Anders zou de arts immers in bewijsnood komen. Een beroep op zwaarwegend belang zou hier dus pas aan de orde komen indien de patiënt bezwaar maakt tegen gebruik van gegevens uit het medisch dossier.

In civiele zaken kan echter niet worden uitgegaan van veronderstelde toestemming van de patiënt voor het gebruik van diens gegevens uit het medisch dossier door de arts ten behoeve van het voeren van verweer. Uit de door mij bestudeerde civielrechtelijke jurisprudentie blijkt dat indien de patiënt toestemming onthoudt voor het gebruik van gegevens uit het medisch dossier, de gevolgen hiervan voor de patiënt zijn.¹⁵⁴ Voor het gebruik van gegevens uit het dossier door de arts ten behoeve van het voeren van zijn verweer in klachtenprocedures, zo bleek in par. 5.2, is eveneens de toestemming van de patiënt vereist. Hier zou moeten gelden dat dit leidt tot ongegrondverklaring van de klacht, aldus terecht de KNMG.¹⁵⁵ Pas indien de klacht wél ontvankelijk zou worden verklaard, komt het zwaarwegend belang aan de orde.

5.5.5 Medische fout

In het wetsvoorstel tot wijziging van de Wgbo is voorgesteld dat naast de situatie waarin een rechtshandeling wordt aangevochten of inzage nodig is in het kader van een civiele procedure, nabestaanden een zwaarwegend belang kunnen hebben bij inzage in het medisch dossier als zij vermoeden dat de arts een medische fout heeft begaan en de arts hier niet open over is geweest. Het is van belang dat de arts vanuit zijn plicht als goed hulpverlener nabestaanden goed informeert (art. 47 lid 1 onder 2^e Wet Big) en om dat extra te waarborgen wordt voorgesteld nabestaanden een inzagerecht te geven.

152 HR 30 maart 1998, ECLI:NL:HR:1998:AD2861, r.o. 2.2, NJ 1998/554.

153 HR 8 april 2003, ECLI:NL:PHR:2003:AF4131, NJ 2004/365, r.o. 3.5-3.6; RTG Eindhoven 13 april 2016, ECLI:NL:TGZREIN:2016:36, r.o. 5.

154 Zie bijv. Rb. 's-Gravenhage 1 juli 1992, ECLI:NL:RBSGR:1992:AB7705. Zie in gelijke zin: KNMG-richtlijn 2018, p. 52; Philips-Santman, *TvGR* 2016, p. 405-418.

155 KNMG-richtlijn 2018, p. 52. Zie in gelijke zin Duijst 2007, p. 69; Philips-Santman, *TvGR* 2016, p. 418.

Nabestaanden dienen in beginsel te worden geïnformeerd over een medische fout ten gevolge waarvan de patiënt is overleden (art. 10 lid 3 Wkkgz).¹⁵⁶ Het voorstel tot inzage in het medisch dossier van de overleden patiënt bij een vermoeden van een medische fout biedt nabestaanden dus een extra mogelijkheid om inzage in het dossier van de overleden patiënt te krijgen, voor zover dit incident ten onrechte niet aan hen gemeld is. De positie van de nabestaanden die mogelijk ten onrechte niet zijn geïnformeerd over een medische fout, wordt hiermee versterkt, aldus de memorie van toelichting.¹⁵⁷

Anders dan de hiervoor besproken zwaarwegende belangen, kunnen de belangen van de nabestaanden en de overleden patiënt met elkaar in de pas lopen. Het is immers heel goed denkbaar dat de patiënt gewild zou hebben dat zijn nabestaanden inzage krijgen in het medisch dossier indien mogelijk sprake is van een jegens hem begane medische fout, aldus de memorie van toelichting.¹⁵⁸ Als die belangen dan toch parallel lopen, waarom ziet de wetgever af van de constructie van veronderstelde toestemming in situaties waarvan sprake is van een medische fout, en kiest hij voor de constructie van zwaarwegend belang? Genoemde redenen in de toelichting hiervoor zijn (i) veronderstelde toestemming is in weinig jurisprudentie genoemd als zelfstandige uitzonderingsgrond, (ii) veronderstelde toestemming doet interpretatie- en uitvoeringsvragen rijzen en (iii) de rechtspraak is op dit punt niet eenduidig.¹⁵⁹ Toch valt hierop wel wat af te dingen, want ook de constructie van zwaarwegend belang roept immers interpretatie- en uitvoeringsvragen op zoals: wanneer is het vermoeden van een medische fout door nabestaanden voldoende aannemelijk gemaakt en wie bepaalt dat?¹⁶⁰ Volgens de memorie van toelichting moet het om meer gaan dan enkel het uitspreken van een vermoeden. Maar hoe kunnen nabestaanden het vermoeden onderbouwen zonder inzage in het medisch dossier? Hier dreigt een cirkelredenering.

De KNMG stipuleert dat gegevens uit het medisch dossier mogen worden verstrekt als belanghebbenden een klacht tegen de arts hebben ingediend wegens een vermeende medische fout met het overlijden van de patiënt als gevolg, omdat 'aangenomen kan worden dat de patiënt hiervoor toestemming zou hebben gegeven'.¹⁶¹ In feite gaat het dan nog steeds om patiëntgerichte zorgverlening door de arts en goede zorgverlening richting de naaste betrekkingen van de patiënt (cf. art. 47 lid 1 onder 3e Wet Big).

Als het wetsvoorstel de eindstreep haalt, geldt op grond daarvan het zwaarwegend belang als grondslag voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim bij een vermeende medische fout, terwijl de KNMG de veronderstelde

156 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 11. Onder het woord incidenten uit art. 10 lid 3 Wkkgz vallen medische fouten.

157 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13.

158 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13.

159 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 21-22.

160 *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 13 (MvT).

161 KNMG-richtlijn 2018, p. 76.

toestemming aanwijst op grond waarvan inzage in het dossier aan nabestaanden kan worden gegeven, althans als er een klacht is ingediend.

Duidelijker is het naar mijn mening om één en dezelfde grondslag voor inzage in het dossier aan te wijzen in geval nabestaanden vermoeden dat er sprake is van een fout waarover de arts niet open is geweest. Daarvoor zou de plicht tot goede zorgverlening kunnen worden aangewezen. In de kern gaat het erom dat nabestaanden onvoldoende informatie hebben gekregen over wat er precies is gebeurd voorafgaand aan het overlijden van de patiënt en of er sprake is geweest van een medische fout. Die openheid jegens nabestaanden maakt deel uit van de professionele standaard (art. 47 lid 1 onder 3e Wet Big).

Vanuit die zorgplicht kan nader worden ingevuld welke zorgvuldigheidsnormen er gelden voor de afweging terzake van het al dan niet geven van inzage in het dossier van de overleden patiënt. Als zorgvuldigheidsnormen zouden kunnen gelden dat de arts de nabestaanden informeert over het verloop van de behandeling voor het overlijden, en daartoe inzage in het dossier geeft aan nabestaanden voor zover dit nodig is voor het verwezenlijken van het doel van de gewenste inzage en zonder dat de persoonlijke levenssfeer van een ander wordt geschaad. Dit kan ervoor zorgen dat slechts een deel van het medisch dossier wordt ingezien.

5.5.6 Gevolgen van zwaarwegend belang als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg voor de arts van hantering van de uitzondering zwaarwegend belang is dat indien de rechter oordeelt dat een zwaarwegend belang prevaleert boven het medisch beroepsgeheim, de arts op last van de rechter moet spreken.¹⁶² Indien de arts ter verdediging van zijn eigen belangen in rechte zelf besluit gegevens te verstrekken dan dient hij zich, aldus de Hoge Raad, in zijn verweer uitdrukkelijk op 'zwaarwegend belang' te beroepen. Zonder uiteraard dat de Hoge Raad hiermee heeft willen zeggen dat dit toereikend is voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Kenmerkend aan situaties waarin op grond van zwaarwegend belang het medisch beroepsgeheim wordt doorbroken, is dat het gaat om belangen van anderen dan de patiënt zelf bij die doorbreking. Zelfs in geval het belang van de overleden patiënt parallel zou lopen met die van nabestaanden, gaat het in de kern om het belang van een ander dan de patiënt. Hij is immers overleden.

Voorts is kenmerkend dat daar waar het gaat om de situatie waarin een rechtshandeling wordt aangevochten of inzage nodig is in het kader van een civiele procedure, de *rechter* beslist of doorbreking van het zwijgen vereist is

¹⁶² Buijsen c.s. 2012, p. 56.

en niet de arts. Hij zwijgt in eerste instantie. Anders is dit als de arts zélf besluit ter verdediging van zijn eigen belangen *in rechte* het beroepsgeheim te doorbreken of in de toekomst als hij nabestaande inzage geeft in het medisch dossier in verband met een vermeende medisch fout. De aard en toepassing van de uitzondering 'zwaarwegend belang' verschilt dus.

Ten slotte is kenmerkend dat anders dan in een conflict van plichten-situatie het bij de uitzondering van zwaarwegend belang niet gaat om het voorkomen van ernstige gezondheidsschade aan die ander. Dat doet de vraag rijzen hoe deze uitzondering zich verhoudt tot de zorgplicht die op de arts rust, die immers gericht is op het voorkomen van schade aan een ander.

Met een eventuele doorbreking van het beroepsgeheim op grond van zwaarwegend belang wordt niet zozeer ernstige gezondheidsschade voorkomen, maar wordt een ander zwaarwegend belang gediend van ook nog eens een ander dan de patiënt. De handeling van de arts is dus niet gericht op het verlenen van zorg in de zin van voorkomen van gezondheidsschade bij die ander. Het komt mij voor dat zwaarwegend belang voor de arts aanleiding is om een belangenafweging te maken. In die afweging speelt de zorgplicht van de arts ex art. 7:453 BW altijd een rol, omdat de bescherming van de privacy daarvan onderdeel is. Uiteraard is het bij die afweging van belang dat de arts waar mogelijk met de patiënt bespreekt of gegevensverstrekking of inzage in het dossier op basis van toestemming kan geschieden. Op het moment dat die toestemming ontbreekt, strijden andere beginselen zoals rechtvaardigheid en weldoen om voorrang boven zelfbeschikking. Het toneel van deze strijdende beginselen is niet de concrete arts-patiëntrelatie, maar is groter en algemener. Het gaat immers om belangen van anderen dan de patiënt. Voor een doorbreking van het medisch beroepsgeheim zou een algemene geldende zorgplicht kunnen worden aangedragen die ook die beginselen omvat, zij het dat het woordje 'zorg' dan vooral moet worden gelezen als het goede, rechtvaardige doen.¹⁶³ Dat bestaat dan uit het laten prevaleren van zwaarwegender belangen dan die met het beroepsgeheim zijn gediend. Het voordeel van het concipiëren van zwaarwegend belang als uitzondering in relatie tot een algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht is dat van daaruit zorgvuldigheidsnormen kunnen worden opgesteld voor iedere specifieke situatie. 'Zwaarwegend belang' is nu een verzamelnaam voor diverse zwaarwegende belangen die een uitzondering op het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen, zonder dat duidelijk is welke normen er precies gelden in een specifieke situatie. Dat onderscheid kan wel gemaakt worden als in iedere specifieke situatie eigen zorgvuldigheidsnormen worden opgesteld waardoor duidelijk is waaraan het handelen van de arts dient te voldoen en hoe daarin een mogelijke doorbreking van het medisch beroepsgeheim past.

¹⁶³ Zie voor een uitvoerige beschouwing over zorgethiek en rechtvaardigheidsethiek: Tjong Tjin Tai 2006.

5.5.7 Tussenconclusie

De vijf hiervoor besproken categorieën van zwaarwegend belang kunnen – zo volgt uit civielrechtelijke jurisprudentie – onder meer leiden tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat in sommige gevallen van een zwaarwegend belang sprake is in de zin van een rechtens te beschermen belang (recht op gezondheid, recht te weten van wie men afstamt en recht zich te verdedigen), terwijl in andere gevallen het gaat om een zwaarwegend belang, zoals het belang te weten of de overledene *compos mentis* was bij het verlijden van het testament of in hoeverre er een medische fout is begaan. Onduidelijk is welke rol de veronderstelde toestemming precies speelt of dient te spelen als het gaat om erfeniskwesties. Voorts is niet gebleken dat eerst aan het cvp-toetsingskader wordt getoetst om uit te sluiten dat dit geen soelaas biedt, terwijl het voor de hand ligt deze weg eerst te bewandelen om te bezien of niet op die grond tóch het medisch beroepsgeheim had moeten worden doorbroken.

Echter, niet is gebleken van een uniform, helder toetsingskader voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim op grond van ‘zwaarwegend belang’, anders dan dat er concrete aanwijzingen moeten bestaan dat een ander zwaarwegend belang geschaad wordt bij het niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim.

Niet kan worden uitgesloten dat ook andere belangen dan de hier genoemde in de toekomst als zwaarwegend kunnen gelden. Het komt mij voor dat het niet om een enuntiatieve opsomming gaat. Steun voor deze gedachte geeft een recente uitspraak van de voorzieningenrechter in een zaak waarin de rechter in de bodemprocedure opdroeg te bewijzen dat de betrokkene al zodanig dement was dat zij niet meer in staat was haar wil te bepalen. Het bewijs werd via een deskundigenbericht geleverd en dit leidde tot het recht op een contra-expertise op grond van het in art. 19 Rv neergelegde beginsel van hoor en wederhoor. Het belang van hoor en wederhoor werd i.c. aangemerkt als een zwaarwegend belang dat een inbreuk op de geheimhoudingsplicht rechtvaardigt.¹⁶⁴ Hoeveel zwaarwegende belangen zullen er volgen? Het komt mij voor dat in het licht van de belangen van het medisch beroepsgeheim en de waarden die het dient, waakzaamheid is geboden bij de toepassing van deze uitzonderingsgrond, vooral nu is gebleken dat er bij het laten prevaleren van dit zwaarwegend belang in rechte een wel erg contextuele benadering geldt. Sterker nog: de uitzondering zwaarwegend belang zou moeten worden geconcipieerd in samenhang met een algemeen geldende, overkoepelende zorgplicht die op de arts rust en die besloten ligt in de medische ethiek. Van daaruit kunnen, waar wenselijk, zorgvuldigheidsnormen voor specifieke situaties worden opgesteld. Deze zien niet uitsluitend op de doorbre-

164 Rb. Overijssel 9 augustus 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:3297, r.o. 4.4, NJF 2017/406.

king van het medisch beroepsgeheim, maar in bredere zin op het zorgvuldig handelen van de arts in situaties waarin andere belangen een gewogen bescherming behoeven.

5.6 ZEER UITZONDERLIJKE OMSTANDIGHEDEN

De uitzondering zeer uitzonderlijke omstandigheden richt zich op de doorbreking van het verschoningsrecht.¹⁶⁵ De Hoge Raad heeft in een aantal uitspraken bepaald dat het verschoningsrecht van de arts niet absoluut is en dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden laten denken, waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt – ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap hem als zodanig is toevertrouwd – moet prevaleren boven het verschoningsrecht.¹⁶⁶ In deze zaken doen de verschoningsgerechtigden voor eerst een beroep op het verschoningsrecht en blijven dus zwijgen. Daarop volgt doorgaans een vordering van het OM tot inzage in het medisch dossier en komt het tot een strafzaak waarin de rechter bepaalt of het verschoningsrecht i.c. moet wijken op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden of niet. Het verschil met de hiervoor besproken uitzonderingsgrond zwaarwegend belang is dat het daar ging om het medisch beroepsgeheim in de relatie tussen arts en patiënt of diens nabestaanden, terwijl het bij zeer uitzonderlijke omstandigheden gaat om het medisch beroepsgeheim in de relatie tussen arts en OM.¹⁶⁷ Oftewel: het verschoningsrecht is in geding.

De Hoge Raad benadrukt dat de vraag of in een bepaald geval sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, zich niet in het algemeen laat beantwoorden.¹⁶⁸ Het antwoord blijkt immers afhankelijk van omstandigheden zoals (i) aard en ernst van het vermoedelijke strafbare feit, (ii) aard, omvang en context van de verlangde gegevens, (iii) alternatieve manieren om deze te verkrijgen, (iv) het belang van de desbetreffende gegevens. De weging van deze elementen is uiteraard voorbehouden aan de feitenrechter en komt derhalve in cassatie niet integraal aan de orde, maar besproken of genoemd worden ze door de Hoge Raad doorgaans wél zoals hierna zal blijken.

In deze paragraaf komen voornoemde elementen nader aan de orde aan de hand van een zevental arresten. Het gaat om zaken waarin de verschoningsgerechtigde soms wel (Apotheker, Erasmus MC en Zweedse fixeerband) maar

¹⁶⁵ Zie voor een bespreking van het verschoningsrecht: hoofdstuk 4.

¹⁶⁶ Zie bijv. HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, r.o. 2.2, *NJ* 2013/561; HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.1, *NJ* 2012/537; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.2, *NJ* 2011/416.

¹⁶⁷ Niet altijd wordt deze uitzondering expliciet genoemd als mogelijke grondslag voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, terwijl het dit vanuit het perspectief van het medisch beroepsgeheim wel is: zie bijv. Leenen e.a. 2017, p. 158-162.

¹⁶⁸ Zie bijv. HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.1, *NJ* 2012/537; HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, *NJ* 2011/416, r.o. 4.3.2.

soms ook niet als verdachte wordt aangemerkt (Savanna, LUMC en HAP-Utrecht en de zaak van het driejarige seksueel misbruikte kind). Voor zover de verschoningsgerechtigde als verdachte wordt aangemerkt, kan nog een onderscheid worden gemaakt tussen gedragingen van de verschoningsgerechtigde die in de strafrechtelijke ('criminele') sfeer liggen (Apotheker) en die in de professionele sfeer liggen (Erasmus MC en Zweedse fixeerband).¹⁶⁹ Hieronder volgt een korte beschrijving van genoemde arresten, waarna zal worden geanalyseerd welke wegingsfactoren er worden gehanteerd in geval van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het medisch beroepsgeheim kunnen rechtvaardigen. Daarna gaat mijn aandacht uit naar de wegingsfactoren van de Hoge Raad.

*i) De Savanna-zaak (2006)*¹⁷⁰

In deze zaak ging het om het onderzoek naar de gewelddadige dood van een driejarig meisje. De peuter Savanna stierf in 2004 na mishandelingen door haar moeder. Haar directe dood werd veroorzaakt, doordat de moeder een prop in de mond van het kind had geduwd om haar stil te krijgen, maar er ging veel aan vooraf.¹⁷¹

Aangezien vele hulpverleningsinstanties bij het gezin waren betrokken, startte het OM een onderzoek naar mogelijke strafrechtelijke nalatigheid van de gezinsvoogdes. Om te kunnen bepalen of de gezinsvoogdes van de patiënt (mede) schuldig was aan het strafbare feit, wilde het OM achterhalen hoe vaak en waarover de gezinsvoogdes contact had met de artsen van het consultatiebureau, dat organisatorisch viel onder Stichting Thuiszorg. Hiertoe eiste het OM inzage in het medisch dossier van Savanna.

Thuiszorg, waar de gezinsvoogdes werkzaam was, weigerde inzage in het medisch dossier en beriep zich op het verschoningsrecht. Nadat de rechtbank het beroep op het verschoningsrecht verwierp, oordeelde de Hoge Raad dat de beslissing van de rechtbank niet goed was gemotiveerd. De zaak werd naar het Hof verwezen. In deze procedure kwamen het OM en Thuiszorg overeen welke delen uit het dossier ten behoeve van het OM en welke delen voor de advocaat van de gezinsvoogdes ter beschikking zouden komen.

*ii) De zaak van de apotheker (2008)*¹⁷²

In deze zaak werd een apotheker ervan verdacht met recepten te frauderen. De apotheker is een geregistreerde beroepsbeoefenaar (art. 3 Wet Big) en is gebonden aan het medisch beroepsgeheim (art. 88 Wet Big). Het OM stelde

169 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, NJ 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2386, NJ 2006/622; HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630, m.nt. J. Legemaate.

170 HR 9 mei 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AV2386, NJCM-Bulletin 2006, p. 1128-1138, m.nt. M.R. Bruning.

171 De moeder werd veroordeeld tot zes jaar celstraf met TBS en dwangverpleging.

172 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, NJ 2008/407, m.nt. J. Legemaate.

een onderzoek in naar de vermeende fraude en eiste daartoe de nodige informatie, zoals medicatielijsten en recepten. De apotheker beriep zich evenwel op zijn verschoningsrecht. Zonder succes, want in de ogen van de Hoge Raad moet de samenleving kunnen vertrouwen op de onkreukbaarheid van apothekers en de zorgverzekeraars moeten kunnen vertrouwen op de juistheid van de door apothekers ingediende declaraties. Dit vertrouwen was i.c. geschonden. Er was, aldus de Hoge Raad, een groot maatschappelijk belang om dergelijke frauduleuze gedragingen te bestrijden.

iii) *De Erasmus MC-zaak (2008)*¹⁷³

In deze zaak werd de arts verdacht van dood door schuld. De arts had een pacemaker bij zijn patiënt ingebracht, waarna zij overleed onder verdachte omstandigheden. Langs de weg van de 'veronderstelde toestemming' gekoppeld aan de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' vroeg en kreeg de echtgenoot van de overleden vrouw inzage in het medisch dossier. Het beroep op het verschoningsrecht slaagde dus niet.

iv) *De LUMC-zaak (2009)*¹⁷⁴

In deze zaak werd de moeder die vermoedelijk leed aan het syndroom van Münchhausen by proxy ervan verdacht haar zoontje van tien maanden om het leven te hebben gebracht. Het OM startte een strafrechtelijk onderzoek naar het overlijden. Het LUMC waar het kind was opgenomen, en de behandelend artsen weigerden de verlangde medische gegevens aan het OM te verstrekken. Echter, zij waren bereid om de noodzakelijke gegevens aan de patholoog-anatoom te verstrekken, zodat hij onderzoek kon verrichten naar de dood van de baby. De artsen waren verder ook bereid om na dat onderzoek opnieuw een beslissing te nemen over hun verschoningsrecht. Daarop wilde het OM evenwel niet wachten. De artsen beriepen zich op het verschoningsrecht. De Hoge Raad honoreerde dit beroep.

v) *De Zweedse fixeerband (2011)*¹⁷⁵

In deze zaak was het vermoeden gerezen dat een overleden patiënt slachtoffer was van het misdrijf dood door schuld. Deze patiënt was, hangend in een zogenaamde Zweedse fixeerband, dood aangetroffen op zijn kamer. De OvJ besloot tot het instellen van een strafrechtelijk onderzoek. Hij verzocht inzage in het medische dossier. De r.-c. wees dit verzoek echter af. Daartegen tekende de OvJ beroep aan bij de rechtbank. Deze oordeelde dat de OvJ een cruciaal belang had bij (onder meer) het medisch dossier. Het dossier moest binnen vijf dagen aan de r.c. worden verstrekt. Daartegen diende de arts een klaagschrift in, dat echter door de rechtbank ongegrond werd verklaard. Tegen deze

173 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630.

174 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263.

175 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, NJ 2011/416.

beslissing van de rechtbank werd namens de arts in cassatie opgekomen. De Hoge Raad verwierp het beroep. Het medisch dossier moest worden verstrekt aan de OvJ.

*vi) De HAP-Utrecht (2012)*¹⁷⁶

In deze zaak was een driejarige peuter om het leven gekomen. De moeder en haar partner werden verdacht van moord, dan wel doodslag dan wel zware mishandeling de dood ten gevolge hebbende. In het kader van het strafrechtelijk onderzoek tegen de moeder en haar partner waren drie enveloppen in beslag genomen met medische gegevens, waaronder een geluidsband met opgenomen telefoongesprekken tussen verdachten en de huisartsenpost van het Utrechtse ziekenhuis waar de peuter was binnengebracht. Het ziekenhuis beriep zich op het verschoningsrecht. De Hoge Raad bevestigde de beschikking van de rechtbank Utrecht dat in voorliggende casus sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, die aanleiding zijn voor het doorbreken van het verschoningsrecht.

*vii) De zaak van de seksueel misbruikte driejarige (2013)*¹⁷⁷

In deze zaak werd de vader verdacht van seksueel misbruik van zijn toen driejarige zoon. De Stichting die de zoon behandelde, weigerde de opnames van een speltherapie te verstrekken aan het OM. De driejarige zou hebben verteld over het misbruik. Naar het oordeel van de rechtbank deden zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voor die maakten dat het belang van de geheimhouding moest wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt. Tegen die beslissing werd cassatie ingesteld, maar dat beroep werd door de Hoge Raad verworpen.

Duidelijk wordt uit bovenstaande beschrijvingen dat in alle zaken de arts een beroep heeft gedaan op zijn verschoningsrecht. Vervolgens neemt de rechter een beslissing ter zake van de rechtmatigheid van het beroep op het verschoningsrecht. Hierin verschilt deze uitzonderingsgrond dus van het conflict van plichten. Het cvp-toetsingskader is immers ontwikkeld voor het besluit van *de arts* terzake van het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Opvallend is voorts dat de rechter het beroep op het verschoningsrecht meer dan marginaal lijkt te toetsen, terwijl het uitgangspunt dienaangaande is dat dit besluit slechts aan een *marginale* toetsing in rechte wordt onderworpen (zie par. 4.1 en hierna onder 5.6.5).¹⁷⁸ Eerst volgt een bespreking van de elementen die relevant zijn voor het bepalen of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een inbreuk op het verschoningsrecht rechtvaardigen.

¹⁷⁶ HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, NJ 2012/537.

¹⁷⁷ HR 14 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9943, NJ 2013/561.

¹⁷⁸ Zie bijv. HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, NJ 2009/263; HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.5, NJ 2012/537.

5.6.1 Aard en zwaarte van delict

De ernst van het delict weegt mee in de beoordeling of er sprake kan zijn van zeer uitzonderlijke omstandigheden.¹⁷⁹ Het blijkt hierbij te gaan om de mate waarin de rechtsorde door een dergelijk delict is geschokt, maar ook om de onherstelbare gevolgen van het delict.¹⁸⁰ Voorbeelden hiervan zijn de patiënt die onder verdachte omstandigheden is overleden bijvoorbeeld doordat de arts wellicht een fout heeft gemaakt of doordat de patiënt een minderjarige is die wellicht slachtoffer is van kindermishandeling.¹⁸¹ Om het verschoningsrecht van de arts op dit punt te doorbreken, blijkt uit de zaak van de Zweedse fixeerverband dat de reeds beschikbare stukken een redelijk vermoeden van schuld moeten opleveren.¹⁸² Hierbij ging het om de verdenking van dood door schuld in het kader van de aan de overleden patiënt verleende zorg. In de zaak van het Erasmus MC benadrukt annotator Schalken dat het redelijk vermoeden van een strafbaar feit reeds moet zijn begaan op het moment van, en dienen als grondslag voor, het instellen van het strafrechtelijk onderzoek en niet andersom.¹⁸³ Denkbaar is dat een dergelijke voorwaarde ook geldt in geval van een verdenking van een ernstige vorm van kindermishandeling.

Ofschoon in alle zaken de ernst van het delict dusdanig is dat het de rechtsorde schokt, is de uitkomst van de beoordeling van het beroep op het verschoningsrecht niet eensluidend. Zo beriepen de artsen van het LUMC in de LUMC-zaak zich met succes op het verschoningsrecht. De aard en zwaarte van het delict zijn dus *an sich* geen beslissende factoren voor het erkennen van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het doorbreken van het verschoningsrecht rechtvaardigen. Daarvoor zijn kennelijk meer factoren nodig.¹⁸⁴

5.6.2 Aard, omvang en context van verlangde gegevens

In alle arresten betreft de Hoge Raad de aard en omvang van de gevraagde gegevens, die met doorbreking van het verschoningsrecht in de strafprocedure zullen worden ingebracht. Hier past de Hoge Raad het bestaande recht toe zoals dat geldt voor het verstrekken van gegevens die onder het medisch beroepsgeheim vallen. Van belang is dat de desbetreffende gegevens onder het medisch beroepsgeheim vallen. Pas na deze vaststelling wordt immers

179 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630.

180 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630. De Hoge Raad wijst in deze zaak op beide aspecten.

181 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.5, NJ 2012/537; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, NJ 2009/263.

182 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 2.2, NJ 2011/416.

183 T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, GJ 2009/10.

184 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.4, NJ 2012/537.

beoordeeld of is voldaan aan het vereiste van proportionaliteit zoals dat geldt voor gegevensverstrekking.

Medische gegevens vallen onder het medisch beroepsgeheim en hebben volgens de Hoge Raad als privacygevoelig te gelden en verdienen deswege bescherming. In de LUMC-zaak overwoog de Hoge Raad dat het een grote hoeveelheid medische gegevens betrof die werden verstrekt.¹⁸⁵ Indien gegevens privacygevoelig zijn en in grote omvang worden verstrekt, is de noodzaak tot bescherming groter, zo lijkt de Hoge Raad te willen benadrukken. In de zaak van de HAP-Utrecht ging het immers om een relatief beperkt aantal gegevens, namelijk die welke betrekking hebben op de inhoud van de telefoongesprekken en dat verschil lijkt zich te vertalen in de uitkomst terzake van het al (LUMC) dan niet (HAP-Utrecht) respecteren van het verschoningsrecht.¹⁸⁶

De context van de gegevens blijkt betrekking te hebben op (i) de vraag in hoeverre de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf betreffen, omdat tegen hem een verdenking bestaat (Apotheker, Erasmus MC, Zweedse fixeerband) of niet (Savanna, LUMC, HAP-Utrecht en de zaak van de seksueel misbruikte peuter). Het verschoningsrecht is immers niet bedoeld om de waarheid te bemantelen (zie hierna onder 5.6.4).¹⁸⁷

Voorts blijkt de context van de gegevens betrekking te hebben op (ii) de vraag in hoeverre toestemming voor gegevensverstrekking kan worden verondersteld. In de zaak van de Zweedse fixeerband en het Erasmus MC blijkt met betrekking tot de vraag of de gevraagde gegevens aan de justitiële autoriteiten moeten worden afgegeven de veronderstelde toestemming van betrokkene een aspect van betekenis te zijn.¹⁸⁸ Met een dergelijke verstrekking is immers ook het belang van de bescherming van diens persoonlijke levenssfeer gemoeid, aldus de Hoge Raad.¹⁸⁹

Uit de onderzochte uitspraken blijkt ten slotte dat in geval het beroep op het verschoningsrecht niet wordt gehonoreerd, inzage in het medisch dossier beperkt dient te blijven tot het verstrekken van relevante gegevens en niet zonder meer moet leiden tot integrale inzage van het medisch dossier. Zo werd in de zaak Savanna overeengekomen welke delen uit het dossier ter beschikking zouden komen van het OM en van de advocaat van de gezinsvoogdes. In de zaak van de apotheker konden de recepten worden geanonimiseerd en kon er een steekproefsgewijze controle van de recepten plaatsvinden, waardoor het geheim zo min mogelijk zou worden geschonden. De proportionaliteitseis voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim (het geheim niet meer

185 HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.3, NJ 2009/263.

186 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.8, NJ 2012/537.

187 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, NJ 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.4, NJ 2009/263.

188 HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, r.o. 3.4, NJ 2008/630.

189 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, r.o. 4.3.3, NJ 2011/416. De Hoge Raad behandelt de veronderstelde toestemming voor het verstrekken van gegevens hier in het licht van art. 2 EVRM (recht op leven).

schenden dan nodig) wordt dus door de Hoge Raad hoog aangeslagen in het licht van het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.¹⁹⁰

5.6.3 Alternatieve manieren voor verkrijgen gegevens

Voor het al dan niet aanvaarden van zeer uitzonderlijke omstandigheden die het verschoningsrecht relativeren is de subsidiariteitseis vanzelfsprekend van belang. Zo hadden de artsen van het LUMC zich bereid verklaard om de gegevens ter inzage te geven aan de patholoog-anatoom van het NFI die in opdracht van justitie een gerechtelijke obductie kan uitvoeren.¹⁹¹ Het verstrekken van gegevens aan een patholoog-anatoom die zelf gebonden was aan geheimhouding, bleek in deze zaak een zwaarwegende factor in de afweging of het beroep op verschoningsrecht overeind kan blijven.¹⁹² Ook in de zaak van de HAP-Utrecht hadden de artsen zich bereid verklaard de geluidsband aan de arts die was verbonden aan het NFI te verstrekken, zodat deze konden worden betrokken in een op te stellen rapportage door het NFI. Opmerkelijk is vervolgens dat de rechtbank hieraan voorbij ging en het kennelijk aannemelijk achtte dat de gegevens toch niet op andere wijze konden worden verkregen. De geluidsband bevatte waarschijnlijk uitlatingen van een of beide verdachten over dat wat rondom het overlijden van de peuter in medisch opzicht speelde en wellicht informatie over de oorzaak van het overlijden. Daarom moest het verschoningsrecht i.c. wijken. Nog opmerkelijker is het dat de Hoge Raad niet inging op de bereidheid van de artsen om de gegevens aan het NFI te verstrekken.¹⁹³ Dit zou tot een andere uitkomst hebben kunnen leiden, zoals is gebeurd in de daarop gelijkende LUMC-zaak, waarin de artsen immers bereid waren de verlangde gegevens aan de patholoog-anatoom te verstrekken. Dit leidde ertoe dat zij zich jegens het OM konden verschonen. Kennelijk deelde de Hoge Raad de zienswijze van de rechtbank dat er geen enkele andere weg openstond om de gegevens te verkrijgen dan door de geluidsband aan het OM te verstrekken. Het subsidiariteitsvereiste wordt zonder meer betrokken bij de toetsing of het beroep op het verschoningsrecht gerechtvaardigd is, zij het dat vergelijkbare alternatieven (verstrekken van gegevens aan patholoog-anatoom) in de desbetreffende zaken anders zijn gewogen.

In de zaak Savanna had de rechtbank volgens de Hoge Raad nagelaten te onderzoeken of er voor het OM andere manieren waren geweest dan schending van het beroepsgeheim om de benodigde informatie te verkrijgen. In de

¹⁹⁰ Zie in gelijke zin: Buijsen c.s. 2012, p. 56.

¹⁹¹ HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263 (LUMC arrest).

¹⁹² HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.6, NJ 2009/263 (LUMC arrest). Een melding aan het AMK, aldus de Hoge Raad in dit arrest verplicht een arts niet om in een latere fase nog meer gegevens aan het OM te verstrekken.

¹⁹³ Zie ook J. Legemaate, annotatie bij HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, NJ 2012/537.

zaak van het Erasmus MC, de apotheker en de Zweeds fixeerband, overwoog de Hoge Raad dat de rechtbank heeft mogen concluderen dat de gegevens niet op een andere wijze konden worden verkregen.

Uit bovenstaande analyse blijkt dus dat het niet openstaan van een andere weg voor het verkrijgen van de benodigde gegevens, van doorslaggevende betekenis is voor het bepalen of er van zeer uitzonderlijke omstandigheden sprake is en dat er voor het al dan niet honoreren van het beroep op het verschoningsrecht een conctectuele benadering geldt.

5.6.4 Belang van desbetreffende gegevens

Uit de geanalyseerde rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat op voorhand aannemelijk moet zijn dat de desbetreffende gegevens een belangrijke rol kunnen spelen bij het verkrijgen van duidelijkheid over wat er precies i.c. is gebeurd.¹⁹⁴ Uit de onderzochte zaken wordt duidelijk dat het telkens gaat om het beschermen van een belang dat breed in de samenleving wordt aanvaard. In deze zaken is gebleken dat dit brede maatschappelijke belang samenhangt met (i) het ophelderen van de doodsoorzaak van de patiënt ten gevolge van een medische fout (Erasmus MC, Zweedse fixeerband,), of (ii) het bestrijden van fraude (Apothekersarrest) dan wel het bestrijden van kindermishandeling (Savanna, LUMC, HAP-Utrecht, de driejarige seksueel misbruikte peuter).

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt dat het niet de bedoeling is dat het beroep op het verschoningsrecht wordt gebruikt om de waarheid te bemantelen.¹⁹⁵ Uiteraard geldt dit in geval dat de arts zelf verdachte is (fraude, medische fout). Het komt mij voor dat er redelijkerwijze geen twijfel over bestaat dat in een dergelijk geval het beroep op het verschoningsrecht van de arts onjuist is.¹⁹⁶ Anders is dit als de arts geen verdachte is. Dan zou het beroep van de arts op het verschoningsrecht moeten worden gerespecteerd, zoals besproken in par. 4.1 en zou de rechter slechts een marginale toetsing van het standpunt van de arts moeten toekomen.¹⁹⁷ In het licht van bovenstaande kan echter niet worden volgehouden, dat de rechter zich beperkt tot een marginale toetsing van het standpunt van de arts. Het standpunt van de

194 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU6088, r.o. 5.3.9, NJ 2012/537.

195 HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, NJ 2008/407, m.nt. J. Legemaate; HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, r.o. 2.6.4, NJ 2009/263.

196 Zie ook Engberts & Kalkman-Bogerd 2013, p. 40. In de Marque zaak waarin het ging om grootschalige fraude met uitkeringen en persoonsgebonden budgetten bleek dat psychiater en (pseudo)patiënten samenspannen. De psychiater werd uit het recht om het beroep van psychiater uit te oefenen ontzet voor de duur van vijf jaren; zie Rb. Rotterdam 28 juli 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:5917, GJ 2016/135.

197 Zie ook Kastelein, TvGR 2013, p. 769; Bannier e.a. 2008, p. 76-77; Bannier, NJB 2007, p. 1160; Duijst 2007, p. 60.

arts ter zake van het gebruik maken van zijn verschoningsrecht wordt immers op diverse wijze en aan de hand van diverse factoren getoetst in rechte.

5.6.5 Aanvaarden van zeer uitzonderlijke omstandigheden

Uit dit alles kan ook hier een toetsingskader worden afgeleid voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden.

1. Gaat het om een *ernstig delict* (belang en ernst van de zaak)?
2. Gaat het om *gegevens die onder het verschoningsrecht vallen*?
3. Is er sprake van *toestemming* of kan deze worden *verondersteld*?
4. Staat er een *andere weg* open voor het verkrijgen van de gegevens?
5. Wordt met gegevensverstrekking een *zwaarwegend belang* gediend?
6. Is de gegevensverstrekking beperkt tot dat wat *noodzakelijk* is?

In deze criteria zien we de uitgangspunten die er gelden voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim terugkomen: (i) noodzaak (onder 1,2 en 5) en (ii) eisen van proportionaliteit en subsidiariteit (onder 3, 4 en 6). De hierboven besproken elementen komen in de criteria terug: (a) aard, omvang en context gevraagde gegevens (onder 2, 3); (b) belang van de strafzaak (onder 1); (c) veronderstelde toestemming (onder 3), (d) betreffen de gegevens de verschoningsgerechtigde zelf (onder 1, 5); (e) kunnen de gegevens op een andere wijze worden verkregen (onder 4); en ten slotte (f) belang van de desbetreffende gegevens (onder 2, 6). Niet alle elementen komen in de uitspraken van de Hoge Raad integraal aan de orde; de integrale afweging ervan is immers aan de feitenrechter gelaten. Zo komt de vraag of er van (veronderstelde) toestemming sprake is, lang niet in alle uitspraken van de Hoge Raad terug en bleef de vraag naar een alternatieve weg in de zaak van de HAP-Utrecht onbesproken en in het apothekersarrest aanvaardt de Hoge Raad *en passant* dat inzage in de recepten en medicatielijsten de enige manier is om de waarheid boven tafel te krijgen.

In de literatuur is kritiek geuit op de mogelijkheid om op grond van zeer uitzonderlijke omstandigheden het verschoningsrecht te doorbreken. Knigge en Schalken benadrukken dat zeer uitzonderlijke omstandigheden de neiging hebben zich te vermenigvuldigen.¹⁹⁸ Kastelein spreekt van het 'moeras' van zeer uitzonderlijke omstandigheden. Volgens Kastelein hebben zij zich, zoals Knigge en Schalken al voorspelden, als een 'olievlek' verspreid, waardoor er weinig 'uitzonderlijks' meer aan is.¹⁹⁹ Legemaate wijst op het risico dat een sterke accentuering van de specifieke context ertoe kan leiden dat het uitgangs-

198 G. Knigge, annotatie bij HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5070, NJ 2005/273; T.M. Schalken, annotatie bij HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, GJ 2009/10.

199 Kastelein, *TvGR* 2013, p. 768; zie ook Buruma, *NJB* 2012, p. 517.

punt (geen doorbreking, tenzij) uit het oog wordt verloren.²⁰⁰ Zo is volgens hem 'de vrees dat de waarheid wordt bemanteld door een beroep op het verschoningsrecht' niet een gerechtvaardigd belang om van zeer uitzonderlijke omstandigheden te kunnen spreken.²⁰¹ Dit geldt evenzeer voor het argument van de veronderstelde toestemming van een overleden patiënt voor inzage in zijn dossier door het OM en de verwachting die een patiënt mag hebben dat na een medisch fout een onderzoek wordt ingesteld. Ook dit is een te mager, want te algemeen, argument om van zeer uitzonderlijke omstandigheden te kunnen spreken, aldus Legemaate. De uitzonderingsgrond van de zeer uitzonderlijke omstandigheden zou zijn langste tijd hebben gehad.²⁰² Het komt mij voor dat het verschoningsrecht allerminst een vanzelfsprekend gegeven is. De invulling van wat als uitzonderlijk heeft te gelden, dijt immers gestaag uit in die zin dat niet alleen de situatie waarin de arts zélf verdachte is, geldt als zéér uitzonderlijk, maar ook de situatie waarin hij dit niet is. Deze uitzonderingsgrond rechtvaardigt niet alleen een inbreuk op het verschoningsrecht, maar ook op het aanvankelijk gehanteerde uitgangspunt dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht slechts aan een marginale toetsing onderhevig is (zie hieronder).²⁰³ Het erkennen van (toenemende) zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen in de jurisprudentie van de Hoge Raad, maakt bovendien dat de huidige strafrechtelijke wettelijke regeling geen betrouwbaar beeld meer geeft van de stand van zaken van het verschoningsrecht. Het is dus geen rustig bezit meer.

In dit licht stelde Vellinga-Schootstra in 2013 voor om het concept zeer uitzonderlijke omstandigheden waaronder een inbreuk op het verschoningsrecht kan worden gemaakt in de wet op te nemen.²⁰⁴ Codificatie zou ten goede komen van de rechtszekerheid. In lijn hiermee benadrukte Mevis dat codificatie van de jurisprudentie van de Hoge Raad terzake van de zeer uitzonderlijke omstandigheden de wet in overeenstemming brengt met de praktijk. De eerste stappen hiertoe zijn inmiddels gezet. In het wetsvoorstel tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering is immers voorgesteld de zeer uitzonderlijke omstandigheden te codificeren.²⁰⁵ Vanuit strafrechtelijke hoek is geopperd dat doorbreking van het verschoningsrecht ook vanuit het oogpunt van het maatschappelijk belang wenselijk is.²⁰⁶ Echter, dit zou wel

200 J. Legemaate, annotatie bij HR 27 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC1369, NJ 2008/407.

201 Legemaate, NJB 2009, p. 2625.

202 J. Legemaate, annotatie bij HR 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263.

203 HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, NJ 2002/439.

204 Bertens & Vellinga-Schootstra 2013, p. 233; Zie ook Mevis 2006, p. 230.

205 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2 (MvT), p. 50, p. 217-220.

206 Modernisering strafvordering 'Discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex art. 218 Sv', p.22; <https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/publicaties/2014/06/06/discussiestukken-1e-congres-modernisering-wetboek-van-strafvordering> (laatst geraadpleegd 26 oktober 2018).

betekenen dat het algemeen belang van het verschoningsrecht niet langer boven het strafvorderlijke belang zou gaan, terwijl dat wél de ratio van het verschoningsrecht is.

Indien de zeer uitzonderlijke omstandigheden zich blijven uitbreiden dan is het misschien niet alleen de vraag of het beroepsgeheim – in de woorden van Buruma – *elastisch* genoeg is, maar sterker: of geheimhouding als norm in de strafrechtelijke context nog wel relevant is.²⁰⁷ Hoeveel gewicht hecht de maatschappij er (nog) aan?

Duidelijk is uit de besproken jurisprudentie dat niet langer kan worden volgehouden dat het standpunt van de arts terzake van de hantering van zijn verschoningsrecht in beginsel wordt gerespecteerd. Het wordt immers in volle omvang door de feitenrechter getoetst en ook de Hoge Raad neemt factoren voor doorbreking van het verschoningsrecht onder de loep. Kastelein stelt in dit licht terecht de vraag waarom in gevallen waarin de arts géén verdachte is en ernstige bezwaren heeft tegen het doorbreken van het medisch beroepsgeheim, zijn beroep op het verschoningsrecht niet langer in rechte aan *marginale* toetsing is onderworpen.²⁰⁸ Zoveel lijkt duidelijk dat de overwegingen van de Hoge Raad in 2002 waarin een terughoudende toetsing van het standpunt van de arts als uitgangspunt werd genomen, thans niet meer gelden en dat dit in de samenleving wordt aanvaard.²⁰⁹

5.6.6 Gevolgen van zeer uitzonderlijke omstandigheden als uitzondering op het medisch beroepsgeheim en de verhouding tot de zorgplicht

Het gevolg van de uitzonderingsgrond op het medisch beroepsgeheim zeer uitzonderlijke omstandigheden voor de arts is dat, indien de rechter oordeelt dat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen, de arts verplicht is tot het doorbreken van het medisch beroepsgeheim.²¹⁰ Hij dient aldus inzage in het medisch dossier te verstrekken.

Voorts hebben de zeer uitzonderlijke omstandigheden, zo bleek in de vorige paragraaf, geleid tot codificatie ervan, althans zo luidt het voorstel. Ofschoon in de toelichting op het wetsvoorstel wordt benadrukt dat niet ieder geval waarin het verschoningsrecht een drempel voor waarheidsvinding opwerpt voor doorbreking in aanmerking komt, holt deze uitzonderingsgrond het verschoningsrecht uit, althans tast het de ratio ervan aan.²¹¹ Waarheidsvinding prevaleert dan immers boven geheimhouding.

207 Buruma, *NJB* 2012, p. 517, zoals aangehaald in Kastelein, *TvGR* 2013, p. 773.

208 Kastelein, *TvGR* 2013, p. 773.

209 HR 12 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9162, *NJ* 2002/439.

210 Zie ook De Jong 2004, p. 137.

211 Wetsvoorstel modernisering WvSv, 2016/17, boek 2 (MvT), p. 217.

Dat de houding ten opzichte van het marginaal toetsen van het standpunt van de arts terzake van diens hantering van het verschoningsrecht is gewijzigd, is hierboven gebleken. Van een marginale toetsing in de processuele fase is immers geen sprake.

Typierend voor zeer uitzonderlijke omstandigheden als uitzondering op het medisch beroepsgeheim is dat de rechter beslist of het medisch beroepsgeheim van de arts die in eerste aanleg zwijgt alsnog moet worden doorbroken. In de situatie waarin de arts zich op het verschoningsrecht beroept met het oog op het beschermen van de belangen van zijn patiënt, geldt uiteraard dat de arts goede zorg verleent. Hij blijft immers zwijgen omdat geen van de hiervoor vermelde uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim hem aanleiding hebben gegeven het medisch beroepsgeheim richting het OM te doorbreken.

De vraag rijst hier evenwel of, als die beslissing te blijven zwijgen wordt overruled door de rechter, de arts niet toch ook vanuit een zorgplicht het medisch beroepsgeheim zélf had moeten doorbreken. Zoals in de voorgaande paragrafen is gebleken kan het hier gaan om een zorgplicht jegens een eigen patiënt of jegens een ander of anderen. In het eerste geval vloeit de plicht voort uit art. 7:453 BW en in het tweede geval uit een meer overkoepelende zorgplicht. Op de arts rust in dit licht de verplichting om voor zijn patiënt of voor de maatschappij datgene te doen wat een evenwicht biedt aan strijdende belangen en ethische beginselen zoals autonomie, weldoen, niet-schaden en rechtvaardigheid. Voor het bepalen van dat evenwicht geldt in rechte een toetsingskader zoals genoemd onder 5.6.5. Dát toetsingskader kan evenzo goed door de arts worden gehanteerd voorafgaand aan een beroep op het verschoningsrecht. Naar mijn mening betekent het plaatsen van een mogelijke doorbreking van het verschoningsrecht in de context van de zorgplicht en een daarbij behorende toetsingskader niet dat de maatschappij te weinig gewicht aan het verschoningsrecht toekent, maar dat er juist gewicht aan wordt toegekend door voor een eventuele doorbreking ervan een duidelijk grondslag aan te wijzen en een daarbij behorend toetsingskader. Het is immers voor de arts een zoektocht naar evenwicht tussen diverse belangen en beginselen. Door daarvoor een duidelijk juridisch kader te bieden waarin de zorgplicht een grondslag is voor doorbreking van het verschoningsrecht én toetsingsmaatstaven te hanteren, kan het recht zijn functie vervullen: het erkennen van ook andere belangen dan die gepaard gaan met geheimhouding. Een toetsingskader waarin de beroepsgroep zorgvuldige maatstaven formuleert die gebaseerd zijn op het hier gepresenteerde toetsingskader dat in rechte geldt en dat de arts vanuit zijn zorgplicht toepast als het OM hem bevraagt, leidt uiteindelijk tot een keuze tussen al dan niet doorbreken van het verschoningsrecht. Dit zou ook het inmiddels verloren vertrouwen in de beslissing van de arts terzake van het beroep op het verschoningsrecht kunnen herstellen. Mocht hij op grond van het in de rechtspraak ontwikkelde toetsingskader besluiten zich niet op het verschoningsrecht te beroepen, dan is dat niet omdat hij meewerkt aan de

waarheidsvinding, maar omdat hij goede zorg wil verlenen aan zijn patiënt dan wel de gezondheidsbelangen van andere patiënten wil beschermen. Mocht hij zich daarop wél beroepen dan doet hij dat na zorgvuldige toetsing aan een in rechte ontwikkeld toetsingskader.

5.6.7 Tussenconclusie

Zeer uitzonderlijke omstandigheden kunnen – zo volgt uit strafrechtelijke jurisprudentie van de Hoge Raad – leiden tot een uitzondering op het verschoningsrecht. Het vaststellen of er zich in een bepaald geval zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen, laat zich niet in algemene zin beantwoorden. Wel kan een toetsingskader met indicatieve criteria uit de rechtspraak van de Hoge Raad worden afgeleid. Deze criteria geven richting aan het antwoord op de vraag of zich in een bepaald geval zeer uitzonderlijke omstandigheden voordoen (par. 5.6.5). Het verschil met de uitzondering van (i) toestemming, (ii) wettelijke meldplicht en (iii) conflict van plichten en (iv) zwaarwegend belang is enerzijds dat de uitzonderingsgrond zeer uitzonderlijke omstandigheden uitsluitend het verschoningsrecht van de arts betreft en, anderzijds, dat deze zich beperkt tot de relatie arts en OM en dus niet tot die tussen arts en patiënt.

Uit deze paragraaf is gebleken dat het uitgangspunt dat het standpunt van de arts in de processuele fase slechts marginaal wordt getoetst geheel op drift is geraakt. Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Hoge Raad zijn vertrouwen in de arts, althans in zijn afwegingen, heeft verloren. Het kan ook zo zijn dat er onduidelijkheid bestaat over ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ als grondslag voor het doorbreken van het verschoningsrecht en over het daarbij behorende toetsingskader. Daarom is voorgesteld de zorgplicht als grondslag te verkiezen voor het doorbreken van het medisch beroepsgeheim boven ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’ en vervolgens de toetsingscriteria zoals genoemd onder 5.6.5 als maatstaf te nemen voor het al dan niet doorbreken van het medisch beroepsgeheim. Dit biedt het voordeel dat, zoals we zagen bij conflict van plichten, als nu of in de toekomst in de samenleving accenten worden verlegd richting spreken, die zorgvuldigheidsnormen voor een specifieke situatie kunnen worden versoepeld, zonder dat de arts zijn afwegingsruimte kwijtraakt. Een duidelijke grondslag voor het doorbreken van het verschoningsrecht en een helder toetsingskader kunnen het vertrouwen in de afweging van de arts herstellen. Uiteraard zorgen de belangen die het medisch beroepsgeheim dient tegenwicht aan het verleggen van accenten richting spreken en moeten zij dit ook blijven doen. Echter, in een maatschappelijke ontwikkeling die gaat van zwijgen-tenzij naar spreken-tenzij is het voor de rechtszekerheid van de arts van belang dat hij niet klem komt te zitten tussen juridische kaders die een verschillend vertrekpunt hebben: zwijgen-tenzij dan wel spreken-tenzij. Er is dus enige wendbaarheid nodig van toetsingskaders en de daarin opgenomen zorgvuldigheidsnormen. Dat wordt mogelijk gemaakt door een doorbre-

king van het medisch beroepsgeheim vanuit een algemeen geldende zorgplicht te beredeneren en niet door het medisch beroepsgeheim als een zelfstandig, opzichzelfstaand recht van de patiënt te zien.

5.7 CONCLUSIE

Denken over het medisch beroepsgeheim is denken over dilemma's. Diverse van die dilemma's zijn in het eerste deel van dit onderzoek besproken. Onmiskenbaar is dat het denken over medisch beroepsgeheim, en met name het denken over de grenzen die men daaraan zou moeten stellen, evolueert. In de uitzonderingen op het medisch beroepsgeheim vindt het immers zijn grenzen. Deze nemen toe. Dat is bijvoorbeeld terug te zien in de stijging van het aantal wettelijke *meldplichten*.

Voorts blijkt het in het voorafgaande uitvoerig besproken cvp-toetsingskader zowel aan kritiek als aan verandering onderhevig. Conflict van plichten biedt dan ook niet in alle situaties waarin toestemming van de betrokkene(n) ontbreekt voldoende soelaas. Want zelfs als de arts besluit te zwijgen omdat niet aan alle criteria uit het cvp-toetsingskader is voldaan, kan hij alsnog door de rechter worden verplicht gegevens te verstrekken. Dit verklaart waarom in aanvulling op conflict van plichten ook andere uitzonderingen zijn geformuleerd, zoals *zwaarwegend belang* en *zeer uitzonderlijke omstandigheden*. Ook deze beide uitzonderingsgronden geven nadere duiding aan de grenzen van het medisch beroepsgeheim. Zij illustreren dat het naleven van het medisch beroepsgeheim geen vanzelfsprekendheid is in een samenleving die verandert in haar denken over dat beroepsgeheim.

Toch zijn het *algemeen* belang op vrije toegang tot de zorg en het *individueel* belang bij informationele privacy uiterst belangrijke waarden voor de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. En dat vertrouwen is op zijn beurt weer onmisbaar voor goede zorgverlening.

Daarom wordt in dit onderzoek voorgesteld om het medisch beroepsgeheim en zijn uitzonderingen te concipiëren vanuit de plicht tot goede zorgverlening. En dus niet langer vanuit geheimhouding als een geïsoleerde, opzichzelfstaande plicht van de arts, maar als een onderdeel van die zorgplicht. De patiënt heeft immers alleen belang bij zwijgen over zijn gegevens als hij daardoor geen ernstige schade lijdt. En het beschermen van het algemeen belang van een vrije toegang tot de zorg valt alleen te verdedigen als dit ten opzichte van andere maatschappelijke belangen ook daadwerkelijk als zwaarwegender moet gelden. Het afwegen van die verschillende belangen maakt de arts vanuit zijn zorgplicht.

In het eerste deel van dit proefschrift is immers gebleken dat deze zorgplicht het kader biedt voor de manier waarop de arts met het medisch beroepsgeheim dient om te gaan. Het wel of niet inzage geven in gegevens uit het dossier, het inwilligen van het verzoek tot vernietiging van gegevens, het geven

van een afschrift van het dossier zodat de patiënt dit aan bijvoorbeeld het OM kan verstrekken of aan een andere instantie, het bepalen of en, zo ja, aan wie welke gegevens moeten worden verstrekt: het zijn allemaal voorbeelden die in deel I de revue zijn gepasseerd. In alle gevallen bleek dat het antwoord op de vraag hoe de arts in het concrete geval met het medisch beroepsgeheim dient om te gaan, gegeven ligt in de zorg die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden dient te betrachten. Voor zover het de rechtsverhouding betreft tussen arts en patiënt of arts, kind en ouders kan die zorgplicht gebaseerd worden op art. 7:453 BW. Maar ook buiten de regeling van de Wgbo geldt een zorgplicht die zijn basis vindt in de medische ethiek.

Zo er ergens sprake is van dilemma's is dat wel in het geval waarin de arts een vermoeden heeft van kindermishandeling. In het volgende deel van dit proefschrift wordt daarom onderzocht welke rol deze zorgplicht speelt bij het vinden van een evenwicht tussen enerzijds de persoonlijke en maatschappelijke belangen die het medisch beroepsgeheim moet dienen en anderzijds het maatschappelijke belang van het tegengaan van kindermishandeling.